Das Wesen der Zusicherung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Reinhard Raabe

Referendar am Oberlandesgericht in Breslau.

Breslau 1933

Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H., Ursulinerstr. 1.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Universitätsprofessor Dr. Süß.

Meinen Eltern in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung.

Das Wesen der Zusicherung ergründen heißt, sie in ihrem tiefsten Kern, an der Wurzel zu erfassen. Diese Aufgabe ist nur dann zu lösen, wenn man den Inhalt und die Form der durch eine Zusicherung begründeten Rechte, die ihren juristischen Charakter widerspiegeln, einer eingehenden Prüfung unterzieht. Diese Untersuchung wird um so zuverlässigere Ergebnisse zeitigen können, je weniger man seit langem überliefertes als gegeben ansieht und je sorgfältiger man selbst anscheinend so feststehende Rechtsbegriffe, wie z. B. Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht auf ihren Ursprung und Inhalt und nicht zuletzt auch auf ihren rechtfertigenden Grund hin einer eingehenden Kritik unterzieht. Gerade die mannigfachen Ansichten, die über das Wesen der Zusicherung vertreten werden, die an sich zum Teil bestechend in der Konstruktion und durchaus folgerichtig entwickelt sind, kranken nur allzu oft an dem Grundübel, daß mit Begriffen operiert wird, über deren ganze Tragweite und Bedeutung man sich nicht im klaren ist. Kritiklos werden Voraussetzungen als richtig unterstellt, ohne daß zuvor eine zuverlässige Grundlage geschaffen worden ist, auf die allein nur eine Stellungnahme zu irgendeiner Spezialfrage gegründet werden kann, die Anspruch auf Richtigkeit erheben will.

Der Gang, den eine derartige Untersuchung zu gehen hat, ergibt sich aus der Sachlage und der logischen Durchdringung des Stoffs von selbst. Die Art und Weise der Prüfung ist etwa vergleichbar mit dem Vorgehen eines Arztes. So wie ein Arzt aus den wahrnehmbaren Auswirkungen einer Krankheit auf den Krankheitserreger und seine Eigenart schließt, um ihn an seinem Ausgangsherd erfassen zu können, ist es hier erforderlich, von den äußerlich sichtbaren Rechtsfolgen, die das Gesetz an eine Zusicherung knüpft, auf die Eigenart der Voraussetzungen jener Folgen, die das Wesen der Zusicherung ausmachen, Schlußfolgerungen zu ziehen.

Wandelung, Minderung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der Nachlieferungsanspruch beim Gattungskauf, die Möglichkeit, den Mietzins herabzusetzen, eventuell ihn überhaupt nicht entrichten zu müssen, der Nachbesserungsanspruch beim Werkvertrag

stellen sich als derartige, vom Gesetzgeber festgelegte Rechtsfolgen dar, die in Funktion treten, falls etwas den gegebenen Zusicherungen nicht Entsprechendes geleistet wird. Es gilt also zunächst einmal, diese Ansprüche inhaltlich genau zu erfassen, um auf Grund der gewonnenen Ergebnisse weitere Schlüsse auf die ihnen zugrunde liegende Zusicherung ziehen zu können. Insbesondere wird dabei die strittige, bedeutungsvolle Frage zu klären sein, ob es sich bei ihnen um eine Erfüllungspflicht oder lediglich um eine Gewährleistungspflicht handelt. Eine derartige Untersuchung kann jedoch logischerweise nur die Möglichkeit eröffnen, die Zusicherung ihrem Inhalt nach zu Tage treten zu lassen.

Um auch in formeller Hinsicht über ihr Wesen Aufschluß zu erhalten, müssen die genannten Rechtsfolgen auch auf ihren inneren Rechtsgrund hin geprüft werden, weil man die Erfordernisse, die an die Form einer Zusicherung zu stellen sind, nur dann zu beurteilen vermag, wenn man einmal das Motiv, das für den Gesetzgeber zu ihrer Anordnung maßgebend war, und ferner den Zweck kennt, der mit ihnen erreicht werden sollte.

Schließlich werden die kennzeichnenden Merkmale, die die Zusicherung von verwandten Erscheinungen, wie beispielsweise der Garantie, der Reklame usw. unterscheiden, aufzuzeigen sein.

§ 2. Der Stand von Literatur und Rechtsprechung zum Wesen der Zusicherung.

In der Theorie und Praxis herrschen weitgehende Meinungsverschiedenheiten über das Wesen der Zusicherung. Ihr juristischer Charakter ist inhaltlich sowohl als auch formell stark umstritten. In Fragen ganz grundsätzlicher Art stehen sich oft die Meinungen völlig konträr gegenüber. Bevor zu den einzelnen Streitfragen Stellung genommen wird, soll an Hand einiger charakteristischer Ansichten und grundsätzlicher, gerichtlicher Entscheidungen[1]) kurz ein Bild von dem Sachstande aufgezeichnet werden.

Schon bei der grundlegenden, außerordentlich wichtigen Frage, ob die Leistung zugesicherter Eigenschaften zur Vertragserfüllung gehört, d. h. mit anderen Worten, ob jemand eine Sache so liefern muß, daß sie den zugesicherten Eigenschaften entspricht, oder ob er seinen vertraglichen Verpflichtungen auch nachgekommen ist, wenn sie fehlen, stehen sich die Anschauungen gegenteilig gegenüber. Der Reichsgerichtsrätekommentar[2]) äußert sich hierzu folgendermaßen:

---

[1]) Nähere Literaturangaben finden sich im Text an den einschlägigen Stellen.

[2]) Bem. zu § 459 Nr. 2.

„Die Verpflichtung des Verkäufers geht nicht bloß auf die körperliche Übergabe der Sache, sondern auf Lieferung der Sache als einer mangelfreien oder solchen Sache, die die zugesicherten Eigenschaften hat. Er hat seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrage erst dann voll Genüge getan, wenn er die Sache eben in dem Zustand übergibt, wie er nach dem Vertrage gewollt und vom Verkäufer zugesagt, also Inhalt seiner Leistungspflicht geworden ist. Sie muß demnach nicht nur die konkrete Spezies überhaupt sein, sondern auch die zugesicherten Eigenschaften haben."

Bei Staub[3]) findet sich die bezeichnende Wendung:

„Die Leistung der Kaufsache in mangelfreiem Zustande" — also mit den zugesicherten Eigenschaften — bildet einen Teil der Erfüllungspflicht des Verkäufers und dieser genügt seiner Vertragspflicht nicht dadurch, daß er die Ware in dem Zustand, in dem sie sich befindet, anbietet."

Im Gegensatz hierzu vertritt beispielsweise Schollmeyer[4]) die stets mehr an Boden gewinnende gegenteilige Ansicht:

„Beim Spezieskauf genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht, wenn er die Kaufsache in dem Zustand übergibt, in dem dieselbe sich zur Zeit des Vertragschlusses befand. So wie sie damals war, ist sie gekauft und muß sie auch geliefert werden. Auch falls Eigenschaften zugesichert waren, genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht, wenn er die gekaufte Speziessache ohne zugesicherte Eigenschaften liefert."

Denselben Standpunkt vertritt auch Hein:[5])

„Wenn die Speziessache auch in mangelhaftem Zustande geliefert wird, so hat der Käufer doch das bekommen, was er verlangt hat. Es ist das von ihm selbst bezeichnete Objekt."

Beim Gattungskauf wird überwiegend angenommen, daß der Vertrag nur dann voll erfüllt ist, wenn eine den Zusicherungen entsprechende Leistung getan worden ist.[6]) Doch ist auch die Richtigkeit dieser Ansicht bestritten worden. Schollmeyer[7]) schreibt z. B. sinngemäß etwa:

Beim Gattungskauf erschöpfe sich die Leistungspflicht des Verkäufers in der Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte (§ 243 B.G.B.). Alle sonstigen vertragsmäßigen Eigenschaften der Sache seien nicht Gegenstand der Leistungspflicht, sondern

---

[3]) Staub, Bem. zu § 374 Anm. 42.
[4]) S. 97/98 a. a. O.
[5]) S. 62 a. a. O.
[6]) So Wolff, Dogm. Jahrb. Bd. 56 S. 75.
[7]) S. 100 ff. a. a. O.

wie beim Spezieskauf nur Gegenstand der Gewährleistungspflicht des Verkäufers.

Hinsichtlich der Form der Zusicherung vertritt Staub[8]) folgenden Standpunkt:

„Der Gesetzgeber hat nicht bloße dicta, d. h. nicht bloß einseitige Erklärungen des Verkäufers im Auge, sondern die dicta müssen auch promissa sein, d. h. der Käufer muß die Zusicherung gewollt, seinen Willen, nur beim Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft abzuschließen, dem Verkäufer erkennbar gemacht, und der Verkäufer seinen Willen, die Zusicherung dementsprechend zu erteilen, dem Käufer gegenüber zum Ausdruck gebracht haben. Nur gelegentlich bei den Kaufverhandlungen abgegebene Erklärungen erfüllen daher den Begriff einer Zusicherung nicht."

In ähnlicher Weise setzt sich auch Staudinger[9]) für die Zweiseitigkeit der Zusicherung schlechthin ein:

„Beide Teile müssen sich bewußt gewesen sein, daß das Versprechen einer bestimmten Eigenschaft und das Einstehen für dieses Versprechen einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bilden soll, es muß erkennbar sein, daß der Erwerber auf das Versprechen Gewicht gelegt und es als Teil der vom Veräußerer zu übernehmenden Leistung betrachtet, sowie daß auch der Veräußerer es in diesem Sinne abgegeben hat."

Demgegenüber ist unter anderem Wolff[10]) der Ansicht, daß auch einer einseitigen Erklärung als Zusicherung rechtserhebliche Bedeutung zukommen kann. Er schreibt:

„Diejenige Zusicherung, welche den Käufer nur zu dem Anspruch auf Wandelung und Minderung berechtigen soll, kann durch einfaches dictum des Verkäufers geschehen."

Der Reichsgerichtsrätekommentar[11]) schreibt zur Frage der Form in einer zwischen den beiden Extremen vermittelnden Weise:

„Unfruchtbar ist der Streit, ob die Haftung auf einer einseitigen Garantieübernahme des Verkäufers beruht oder auf einer zweiseitigen Nebenverabredung. Denn immer muß die Zusicherung Vertragsbestandteil geworden seien, sonach von beiden Teilen als Recht und Pflicht aus dem Kaufvertrage gewollt sein."

---

[8]) 4. Bd. § 377 Anm. 4.
[9]) Staudinger, § 459 IV 1 a.
[10]) Wolff, Dogm. Jahrb. Bd. 56 S. 49.
[11]) Bem. zu § 459.

Hiergegen wendet sich wiederum Oertmann,[12]) der auf Grund seiner Untersuchungen zu folgendem Ergebnis kommt:

„Die Zusicherung kann dem Vertrage auch vorausgehen, ja selbst generell sich auf alle abzuschließenden Verkäufe einer bestimmten Art erstrecken.“

Emerich[13]) steht auf dem Standpunkt, daß eine Zusicherung ausdrücklich erklärt werden müsse, um rechtserheblich zu sein, während der Reichsgerichtsrätekommentar das Gegenteil vertritt. Dort heißt es:

„Es ist nicht einzusehen, warum die Zusicherung nicht auch stillschweigend und durch konkludente Handlungen solle erfolgen können. Immerhin sind stillschweigende Zusicherungen nur in seltenen Fällen anzunehmen.“[14])

Aufgabe und Zweck der vorliegenden Arbeit soll es sein, auf Grund eingehender Untersuchung des Wesens der Zusicherung zu diesen angedeuteten, strittigen Fragen Stellung zu nehmen und in einer dem Geiste des Gesetzes gerecht werdenden Weise den rechtlichen Charakter der Zusicherung nach Inhalt und Form zu erfassen.

I. Der Inhalt der Zusicherung

§ 3. Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht im allgemeinen.

Bei den an eine Zusicherung geknüpften Rechtsfolgen handelt es sich regelmäßig entweder um Erfüllungs- oder um Gewährleistungsansprüche. So viele verwandte Beziehungen an sich zwischen diesen beiden Arten von Ansprüchen schon insofern bestehen, als sie beide dem zugrunde liegenden Vertrage entspringen, so sind sie doch in ihrer Wesensart grundverschieden. Gerade im Rahmen dieser Arbeit ist es ganz besonders erforderlich, diesen Wesensunterschied scharf hervorzukehren, weil hiervon die Entscheidung der wichtigen Frage abhängt, *ob auf Leistung zugesicherter Eigenschaften geklagt werden kann oder ob im Falle ihres Fehlens lediglich Gewährleistungsansprüche in Funktion treten.*

---

[12]) Bem. zu § 459, 5 a.

[13]) S. 661 a. a. O.

[14]) Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß früher gelegentlich der Standpunkt vertreten wurde (Goldmann - Lilienthal, 2. Aufl. 1901 § 134 S. 492 und Stamm a. a. O. S. 12), daß nur solche Eigenschaften zugesichert werden könnten, die einen Vorzug der Sache darstellten, auf welche der Käufer ohne Zusicherung nicht rechnen dürfte, während die herrschende Meinung aber mit Recht annimmt, daß jede Eigenschaft einer Sache den Gegenstand einer Zusicherung bilden kann.

Unser B.G.B. enthält keine abstrakte Formulierung dieser Begriffe beispielsweise etwa im Allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, sondern es begnügt sich vielmehr lediglich damit, ihren Inhalt bei den verschiedenen Rechtsinstituten wie Kauf, Miete, Werkvertrag jeweils zugeschnitten auf die Eigenart der in Frage stehenden Materie festzulegen. Hierauf ist es zurückzuführen, daß die Ansichten sich so schroff entgegenstehen, daß eine außerordentlich starke Verwischung der Begriffe herrscht, die praktisch angewandt zu konträren Ergebnissen führen muß. Der Wissenschaft und Rechtsprechung erwächst die überaus schwierige Aufgabe, aus dieser spezialisierten Regelung das allgemein gültige Prinzip zu erkennen und zu entwickeln.

Selbst das sonst vielmehr als unser B.G.B. auf den Einzelfall abgestellte A.L.R. enthielt eine Regelung der Gewährleistung in dem allgemeinen Titel I 5 von den Verträgen § 317 ff. Verfehlt wäre es jedoch aus der dort getroffenen Regelung, insbesondere aus dem Einleitungssatze: „auch die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung der Verträge" eine geschichtlich begründete Grundlage für die Richtigkeit der Theorie zu entnehmen, die zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung die Leistung mangelfreier bzw. solcher Sachen verlangt, die die zugesicherten Eigenschaften besitzen. Im Gegenteil wird sich jeder Gegner dieser Theorie mit dem Inhalt des Satzes durchaus einverstanden erklären können, denn er besagt m. E. nichts anderes, als daß die Gewährleistung auch auf dem Vertrage beruht, daß derjenige, der eine Sache ohne zugesicherte Eigenschaften leistet, damit noch nicht schlechthin frei ist, sondern vielmehr noch außerdem Gewähr zu leisten hat. Es ist ein erheblicher Unterschied, wie Max Wolff[1]) mit Recht hervorhebt, zwischen der Meinung, daß die Gewährleistung zur Vertragserfüllung gehört und der Behauptung, daß Gewährung von Mängelfreiheit beziehungsweise zugesicherten Eigenschaften einen Teil der Leistungspflicht bildet. Im Entwurf I zum B.G.B. war zwar eine allgemeine Regelung unter der Überschrift: „Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache" vorgesehen, doch ist man bereits im Entwurf II hiervon abgekommen, weil man einer kasuistischen Regelung im Interesse der praktischen Handhabung des Gesetzes den Vorzug geben zu müssen glaubte. Allerdings wäre mit dieser Regelung im Interesse der Klärung der zu behandelnden Streitfrage nichts gewonnen gewesen, da die §§ 381 bis 411 des E. I lediglich die Bestimmungen unserer heutigen §§ 459—493 — also auch keine abstrakte Formulierung — enthalten.

---

[1]) S. 2 a. a. O.

Es ist das große Verdienst von Friedrich Schollmeyer,[2]) zum ersten Male in Bezug auf das Kaufsrecht den grundlegenden Unterschied von Erfüllungspflicht und Gewährleistung festgelegt und den Versuch gemacht zu haben, die Begriffe gegeneinander abzugrenzen. Er definiert die Erfüllungspflicht als die Verpflichtung des Schuldners, die geschuldete Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken und die Gewährleistungspflicht als die Verpflichtung, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einstehen zu müssen.

Man mag an diesen Definitionen mit Recht mancherlei auszusetzen haben,[3]) das, worauf es ankommt, hat Schollmeyer jedenfalls klar erkannt, das geltende Prinzip kommt in ihnen deutlich zum Ausdruck. Von einer Erfüllungspflicht kann nur dann die Rede sein, wenn dem Vertragsteil, der eine Sache zu fordern berechtigt ist, vom Gesetzgeber die Möglichkeit gegeben worden ist, im Wege der Klage und mittels Zwangsvollstreckung die Erfüllung zu erzwingen.[4]) Sie ist der von den Parteien beabsichtigte Zweck und die gewollte Auswirkung des abgeschlossenen Vertrags. Doch ist diese Erfüllungspflicht nicht die einzige Vertragsfolge, es gibt vielmehr außer ihr noch eine Erfüllung im weiteren Sinne, die Gewährleistung, die nicht wie jene notwendig sofort mit dem Vertragsabschluß in rechtliche Wirksamkeit tritt, sondern erst dann, wenn durch die als Erfüllung gegebene Leistung ein Zustand geschaffen wird, der den Erwartungen eines Vertragsteils nicht entspricht. Die Erfüllungspflicht ist also Voraussetzung für die Gewährleistungspflicht[5]) oder, wie Krückmann[6]) es ungefähr ausdrückt, die Gewährleistungsansprüche entstehen sofort[7]) aber rechtsbedingt durch das Eintreten jenes vertragswidrigen Zustands. Ohne daß eine bestimmte Leistung erzwungen werden könnte, wird für einen Erfolg gehaftet, ja obwohl erfüllt ist und zwar sogar ordnungsgemäß

---

[2]) Bd. 49 S. 93 ff. Dogm. Jahrb.

[3]) cf. hierzu Süß S. 19.

[4]) Hein S. 58 ff.

[5]) R.G.R. Komm. § 459 Nr. 2.

[6]) L.Z. 15 Sp. 1357.

[7]) Ein Verkäufer haftet also schon bei Kaufabschluß dafür, daß die Sache zur Zeit des Gefahrübergangs nicht Mängel aufweist, wenn auch die Haftung an sich erst dadurch akut wird, daß tatsächlich mangelhaft geleistet wird. Hieraus ergibt sich zugleich aber auch, daß die Haftung begründet ist, wenn schon vor dem kritischen Zeitpunkt feststeht, daß nur mangelhaft geleistet werden kann. So im wesentlichen auch Schollmeyer a. a. O. S. 95, der an Hand eines praktischen Beispiels in sinnfälliger Weise dartut, daß die Gewährleistungsansprüche unter dieser Voraussetzung auch bereits vor Gefahrübergang gegeben sein müssen.

erfüllt ist, tritt die Gewährleistungspflicht ein. Sie ist die Haftung ohne Leistungspflicht.[8]) Das mag auf den ersten Blick befremdend klingen, rechtfertigt sich aber aus der Erwägung, daß ein zur Gewährleistung verpflichtender Umstand eine volle Leistung der Erfüllungspflicht begriffsnotwendig nicht ausschließt. Hierauf wird im einzelnen im folgenden an den einschlägigen Stellen zurückzukommen sein.

§ 4. Die Zusicherung in speziellen Fällen.

a) Die Zusicherung beim Spezieskauf.

In der Wesensverschiedenheit der Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche liegt zugleich die Ursache für ihr verschiedenes rechtliches Schicksal und ihre verschiedene rechtliche Behandlung und Wirkung.[9]) Dies zeigt sich beim Spezieskauf in ganz sinnfälliger Weise.

Wendet man bei ihm zunächst die in § 3 entwickelten Grundsätze an, die die Erfüllungspflicht von der Gewährleistung kennzeichnend trennen, prüft man insbesondere, ob das charakteristischste Unterscheidungsmerkmal, die Erfüllungsklage, gegeben ist, so müßte man eigentlich ohne Bedenken zu der Ansicht gelangen, daß es sich beim Spezieskauf um reine Gewährleistung handelt, daß also eine mangelhafte bzw. solche Lieferung, die den zugesicherten Eigenschaften nicht entspricht, nicht zur Vertragserfüllung gehört. Eine Klage, mit der ein Käufer vom Verkäufer Leistung der zugesicherten Eigenschaften fordern könnte, ist dem Gesetz unbekannt. Diese Ansicht wird zwar auch vielfach vertreten,[10]) ist aber keineswegs allgemein anerkannt, im Gegenteil wird sehr viel und namentlich von der Rechtsprechung der umgekehrte Standpunkt propagiert, daß nur durch eine Kaufsache, die den zugesicherten Eigenschaften entspricht, der Vertrag erfüllt wird.[11])

---

[8]) So Hein S. 59; abweichend hiervon Roth, L.Z. 18 S. 238 ff.

[9]) cf. Süß S. 66.

[10]) Wolff, Dogm.Jahrb. Bd. 56 S. 1 ff.; Süß, S. 49 mit eingehenden Literaturangaben und S. 80 ff.; Oertmann, Bem. zu § 433 Ziffer 2; ders., Recht 08 S. 345 zur Lehre von der Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache; ders., Sachmängel und Abnahmepflicht, Recht 09 S. 617; Hein, Z.H.R. Bd. 87, namentlich S. 57 ff.; Schollmeyer, Dogm.-Jahrb. Bd. 49 S. 93 ff.; Enneccerus, § 335 I; Haymann, Vortrag S. 17 ff.; Wetzel, Diss., Erlangen 1910 S. 90 ff.; Düringer-Hachenberg, III S. 95; Roth, L.Z. 18 S. 238 ff.

[11]) Eccius, Gruch. Bd. 43 S. 268, 306, 309, 310; Emerich, S. 68 mit der Begründung, der Käufer könne die Annahme der gekauften Sache verweigern (arg. e. contrario aus § 464) wenn sie mangelhaft sei. Dies hätte keinen Sinn, wenn eine volle Erfüllung durch Hingabe der mangelhaften Sache möglich wäre, denn mehr als Erfüllung könne der

Vorbehaltlos sei zugegeben, daß die zuletzt genannte, vielleicht auch noch überwiegende Auffassung an der Spitze mit dem zweifellos bestechend klingenden Satze: „Leistung mangelhafter Sachen oder Sachen, die den zugesicherten Eigenschaften nicht entsprechen, ist keine, zum mindesten keine ordnungsgemäße Erfüllung“, manches für sich hat. Sie erscheint natürlicher und weniger konstruiert, sie imponiert dem Rechtsempfinden anscheinend mehr. Die Lieferung einer mangelhaften Sache braucht sich eben ein Käufer nicht gefallen zu lassen. Bei eingehender Prüfung ergibt sich jedoch, daß diese Ansicht für den Spezieskauf eine Stütze im Gesetz kaum besitzt, daß sie vielmehr einen praktisch genehmen Erfolg zu legalisieren sich bemüht, ohne den Willen des Gesetzgebers oder auch dem Geiste des Gesetzes zu entsprechen. Dies soll im einzelnen bewiesen werden.

Ein großes Bedenken gegen die Erfüllungstheorie, wie im folgenden die Ansicht, die Leistung der zugesicherten Eigenschaften zur Vertragserfüllung zählt, kurz genannt werden soll, ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 433 B.G.B. Hier ist ausdrücklich festgelegt, daß der Verkäufer neben der Rechtsverschaffungspflicht, d. h. seiner Verpflichtung, lastenfreies Eigentum zu übertragen, dem Käufer auch die Sache zu übergeben hat, mit anderen Worten, die Besitzverschaffung an der gekauften Sache gehört zur Erfüllungspflicht des Verkäufers. Solange er die gekaufte Sache noch nicht übergeben hat, ist der Kaufvertrag noch nicht erfüllt. Dadurch, daß das Gesetz ausdrücklich die Übergabe fordert, gibt es zu erkennen, daß die gekaufte Sache und zwar ganz gleichgültig, ob sie mangelhaft ist, gleichgültig, ob ihr zugesicherte Eigenschaften fehlen, vom Verkäufer auf alle Fälle zu übergeben ist, wenn sie nur die gekaufte Sache ist. Mit ihrer Übergabe hat der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht zum mindesten in tatsächlicher Hinsicht voll genügt. Ob er daneben wegen Sachmängeln auf Grund der §§ 459 ff. Gewähr zu leisten hat, ist eine ganz andere hiervon zunächst unabhängige, sekundäre Frage. Das ist lediglich Gegenstand seiner Gewährleistungspflicht, die erst dann und gerade dann in Funktion tritt, wenn der Vertrag an sich erfüllt ist, wenn aber beispielsweise eine Sache geliefert worden ist, die den zugesicherten Eigenschaften nicht entspricht. Obwohl die

---

Käufer nicht verlangen. Hieraus folge, daß das Vorhandensein eines Mangels stets der Erfüllung entgegenstehe, es müßte denn gerade sein, daß der Käufer die Sache in Kenntnis des Sachverhalts vorbehaltslos angenommen habe. Titze, Unmöglichkeit S. 274; Kisch, Unmöglichkeit S. 193 ff.; Schöller, Gruch. Bd. 46 S. 19; Staub, § 374 Anm. 42; Kluckhohn, Gruch. Bd. 59 S. 1031 ff.; O.L.G. Breslau, Rechtsprechung Bd. 36 S. 43; Staudinger, § 440 I B 3 a γ; Fischer, Dogm.Jahrb. Bd. 51 S. 211.

Bestimmung des § 433 B.G.B. stark gegen die Erfüllungstheorie spricht, soll zugegeben werden, daß er sie nicht zwingend widerlegen kann, weil folgende Lücke offen steht. Es ist nämlich immerhin denkbar, daß trotz der gesetzlichen Bestimmung, daß auch die Besitzverschaffung Gegenstand der Erfüllungspflicht des Kaufvertrages ist, damit noch nichts über die Beschaffenheit der zu übergebenden Sache an sich gesagt ist. Hierauf beruft sich u. a. beispielsweise der Reichsgerichtsrätekommentar.[12]) Wie schwach allerdings dieses Argument ist, geht allein aus der Erwägung hervor, daß beim Spezieskauf der Parteiwille von vornherein auf eine bestimmte Sache gerichtet ist. Allein diese eine gekaufte Sache ist zu übergeben und zwar so, wie sie ist, auch mit sämtlichen ihr anhaftenden Mängeln gegebenenfalls auch ohne die zugesicherten Eigenschaften.

Die stärkste Waffe der Auffassung, daß ein Vertrag erst dann erfüllt ist, wenn ordnungsgemäß, also auch den Zusicherungen entsprechend geleistet ist, scheint der § 463 B.G.B. zu sein, der dem Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zubilligt, falls er mangelhafte Leistung erhalten hat. Dieser Anspruch scheint die gesetzliche Verankerung der Erfüllungstheorie zu enthalten und die Richtigkeit der Gewährleistungstheorie zu widerlegen. Der Ausdruck deutet darauf hin, daß im Falle des Fehlens zugesicherter Eigenschaften der Kaufsache Schadensersatz wegen Nichterfüllung, d. h., weil nicht erfüllt worden ist, verlangt werden kann. Das Reichsgericht[13]) hat daher auch den Wortlaut dieses Paragraphen zur Begründung der von ihm vertretenen Erfüllungstheorie herangezogen und dargelegt, daß der Gesetzgeber einen anderen, beschränkteren Ausdruck gewählt hätte, wenn er nicht unbedingt hätte zum Ausdruck bringen wollen, daß Mangelhaftigkeit und also auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften gänzlicher Nichterfüllung gleichstünde. Zwar sei eine mangelhafte Erfüllung nicht gleichbedeutend mit Nichterfüllung, der Käufer sei aber berechtigt, die Sache zurückzuweisen und dadurch wirkliche Nichterfüllung herbeizuführen. Alsdann habe er einen Anspruch auf Schadensersatz wegen tatsächlicher, vollständiger Nichterfüllung.

Gegen diese Ansicht hat sich vor allem Wolff[14]) gewandt und den Nachweis ihrer Unhaltbarkeit geführt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Ausdruck Schadensersatz wegen Nichterfüllung

---

[12]) Erl. zu § 459 Nr. 2.

[13]) R.G.Z. Bd. 52 S. 355.

[14]) S. 77 ff. a. a. O.

unzutreffend sei und nur deshalb in das Gesetzbuch gekommen sei, weil die Verfasser die Auffassung hatten, als ob die Leistung einer nicht vertragsmäßig beschaffenen Sache eine Art Nichterfüllung wäre.

Wäre nämlich der obige Standpunkt des Reichsgerichts richtig, so müßte man logischerweise zu dem unbilligen und durch nichts gerechtfertigten Schlusse kommen, daß durch den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung die Geltendmachung eines Schadensersatzes wegen nur mangelhafter Erfüllung ausgeschlossen sei. Es steht keineswegs im Belieben des Käufers, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will, die Sache zu behalten oder zurückzuweisen. Will er sie behalten, so kann er nicht noch außerdem Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sondern höchstens nur Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung. Nur unter Zurückweisung der Sache darf er Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung verlangen, weil ja der Verkäufer nicht mehr tun kann, als die konkrete, gekaufte Sache zu liefern. Die Ansicht des Reichsgerichts kann also nur dann richtig sein, wenn der Käufer nicht bloß berechtigt, sondern auch schlechthin verpflichtet wäre, die Sache zurückzuweisen. Das ist jedoch keineswegs der Fall.

Gegen die Erfüllungstheorie spricht ferner die Tatsache, daß im § 463 B.G.B. der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, dieser angebliche Erfüllungsanspruch, neben den Ansprüchen auf Wandelung und Minderung, also reinen Gewährleistungsansprüchen, gegeben ist. Mit der Anordnung dieser Ansprüche hat aber der Gesetzgeber ausdrücklich zu erkennen gegeben, daß er im Interesse des Käufers aus irgend einem, später noch näher zu behandelnden Grunde einen Rechtsbehelf für notwendig erachtet hat, weil der Käufer auf andere Weise keine Möglichkeit hat, zu seinen Rechten zu kommen. In Sonderheit besitzt er nicht eine Klage auf Erfüllung, da der Verkäufer ja den Vertrag voll erfüllt hat und nicht mehr tun kann als durch Lieferung der Kaufsache den Willen des Käufers zu erfüllen. Worauf sollte auch eine derartige Klage gerichtet werden, bestimmt nicht auf Herstellung eines Zustandes, der an sich schon besteht. Es kann daher nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber in dem Schadensersatzanspruch einen Erfüllungsanspruch im technischen Sinne gesehen hat und hat sehen wollen. Dies wäre eine Inkonsequenz, die man den Verfassern unseres Bürgerlichen Gesetzbuches bei der sorgfältig vorgenommenen Abfassung des Gesetzes nicht zur Last legen kann. Dieser Widerspruch ist vielmehr nur, wie bereits dargetan wurde, so zu erklären, daß es sich hierbei um einen wenig glücklich gewählten Ausdruck handelt, der auf einen

Erfüllungsanspruch hinzudeuten scheint, es in Wahrheit aber nicht ist.[15])

Ferner spricht außer dieser Tatsache, daß der angebliche Erfüllungsanspruch neben Gewährleistungsansprüchen gegeben ist, vor allem noch der Umstand gegen die Erfüllungstheorie, daß § 463 B.G.B. den Schadensersatzanspruch nur für einen Teil der Fälle des § 459 gibt und nicht für alle Fälle mangelhafter Lieferung. Als maßgebender Zeitpunkt für das Nichtvorhandensein ist für den Fall des Fehlens zugesicherter Eigenschaften der Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgesetzt. Dies wäre — so auch Oertmann — eine Sinnwidrigkeit, wenn die Zusicherung eine Leistungspflicht zur Verschaffung der Mangelfreiheit bis zum Zeitpunkt der Übergabe begründete.

Doch damit ist die Reihe der gegen die Erfüllungstheorie sprechenden Bedenken noch nicht geschlossen. Es wurde bereits eingangs darauf hingewiesen, daß beim Spezieskauf auf Lieferung mangelfreier bzw. solcher Sachen, die die zugesicherten Eigenschaften enthalten, nicht geklagt werden kann. Dies allein wäre das kennzeichnende Merkmal eines Erfüllungsanspruchs. Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt aus einer Erwägung, die des besseren Verständnisses wegen an einem Beispiel klargelegt werden soll.[16])

Auf dem Markt kauft jemand ein Pferd, das ihm gut gefällt, lediglich deshalb, weil ihm ausdrücklich zugesichert wird, daß das Tier erst drei Jahre alt sei. Es sind in diesem Falle zwei hier interessierende Möglichkeiten gegeben. Einmal das Pferd hat das zugesicherte Alter. Die Rechtslage ist dann durchaus klar. Der Verkäufer hat mit Lieferung dieses Pferdes, das die zugesicherten Eigenschaften besitzt, seiner Vertragspflicht vollauf genügt, der Vertrag ist von ihm ordnungsgemäß erfüllt. Die Bedingung, an die das Wirksamwerden von Gewährleistungsansprüchen geknüpft ist, ist nicht eingetreten, für sie ist kein Raum. Es wäre jedoch verfehlt, aus dieser Tatsache nun umgekehrt die Folgerung ziehen zu wollen, daß keine ordnungsmäßige Vertragserfüllung vorliegen würde, wenn die andere denkbare Möglichkeit eintritt, daß das vom Käufer gelieferte Pferd nicht das zugesicherte Alter hat. Das ist deshalb nicht angängig, weil dieser Standpunkt als Voraussetzung verlangen müßte, daß außer der Lieferung des Pferdes noch die Lieferung des zugesicherten Alters zu den Pflichten des Verkäufers gehören würde, daß mit anderen Worten

---

[15]) So auch Süß, S. 54, 55, der diesen Ausdruck mit Recht als dogmatisch unrichtig und irreführend bezeichnet, cf. auch S. 76, 84; Wetzel, S. 56; Wolff, S. 55, 83.

[16]) cf. hierzu Wolff, S. 4 ff. a. a. O.

die Kaufsache sowohl als auch noch dazu hinzukommend, die zugesicherte Eigenschaft in obligatione sein müßte. Dies ist jedoch für den Spezieskauf logischerweise unmöglich, weil es nämlich sonst denkbar sein müßte, daß das eine oder das andere unabhängig voneinander geliefert werden könnte. Da aber der Natur der Sache nach der Verkäufer das Pferd, das der Käufer gekauft hat, nur so liefern kann, wie es in Wirklichkeit eben ist, entweder mit oder ohne dem zugesicherten Alter, so folgt hieraus ganz allgemein gefaßt, daß die Eigenschaft einer Sache nicht selbständig Gegenstand der Erfüllung des Kaufvertrages sein kann. Es geht daher meines Erachtens auch aus dieser Erwägung heraus nicht an, zu sagen, daß der Verkäufer einer Speziessache den Kaufvertrag nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt hat, weil die zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache fehlen.

Schließlich würde ja als notwendige Folge hieraus der Schluß gezogen werden müssen, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vorliegen würde, daß der ganze Kaufvertrag infolgedessen nach § 306 B.G.B. nichtig wäre. Dies wäre jedoch eine durch nichts gerechtfertigte Härte gegenüber dem Käufer, der völlig rechtlos dastehen würde; nicht einmal die Lieferung einer mangelhaften Sache könnte er erzwingen, weil für den Verkäufer auf Grund des nichtigen Kaufvertrages keinerlei Rechtsverbindlichkeiten erwachsen würden.

Als letztes Bedenken gegen die Erfüllungstheorie sei noch der Umstand erwähnt, daß sie in ihrer konsequenten Durchführung genötigt ist, in das Kaufsrecht einen völlig wesensfremden Anspruch einzuführen. Es ist dies ein Anspruch auf Nachbesserung der Kaufsache für den Fall, daß ein behebbarer Mangel vorliegt, oder wenn eine Sache ohne zugesicherte Eigenschaften geliefert worden ist, den Mangel zu beseitigen, bzw. die Eigenschaften zu verschaffen. Dies ist das notwendige Übel, dem kein Erfüllungstheoretiker auszuweichen vermag. Ein derartiger Mängelbeseitigungsanspruch wird aber für den Kauf in der Literatur mit Recht streng abgelehnt. Er ist ein dem Werkvertrag eigenes, dem Kaufe fremdes Element.[17])

---

[17]) Oertmann, Bem. zu § 462 5 a; Wetzel, S. 49; Süß, S. 59 mit historischen und wirtschaftlichen Argumenten.

Eingehend mit dieser Frage beschäftigt sich Levy in seiner Dissertation „Der Nachbesserungsanspruch des Käufers bei Mängeln der Speziessache als Erfüllungsanspruch". Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß, obwohl ein derartiger Anspruch im Gesetz nicht ausdrücklich festgelegt sei, er dem Verkäufer in gewissem Umfange zuzubilligen sei. Es ergebe sich dies aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. „Bei einfachen und leicht herzustellenden Nachbesserungen ist der Verkäufer im konkreten Fall nach Treu und Glauben berechtigt, den Mangel vor und nach Gefahrübergang zu beseitigen; dieses Recht zessiert, wenn nach

b) Die Zusicherung beim Gattungskauf.

Die prinzipielle Verschiedenheit von Spezieskauf und Gattungskauf bringt es mit sich, daß die hauptsächlichsten Erwägungen, die beim Spezieskauf für die Richtigkeit der Gewährleistungstheorie sprechen, für den Gattungskauf nicht durchgreifen.

Es wäre jedoch verfehlt, aus diesem Umstande die Folgerung herzuleiten, daß die eine oder andere der beiden Theorien sich nicht aufrecht erhalten lasse, da der Gesetzgeber es unmöglich gewollt haben könne, beide Erscheinungsformen des Kaufs in einer so grundsätzlich verschiedenen Weise zu regeln. Allein aus der Tatsache, daß die Theorien für den Spezieskauf sowohl wie für den Gattungskauf nicht gleichmäßig anwendbar sind, kann nichts dafür entnommen werden, daß die eine oder andere unzutreffend sein muß. In Wirklichkeit ist auch kein Grund dafür ersichtlich, daß der Gesetzgeber die für den Spezieskauf angebrachte Gewährleistungstheorie auch für den Gattungskauf hätte festlegen sollen und umgekehrt, im Gegenteil. Gewährleistungspflicht und Erfüllungspflicht sind, wie gezeigt worden ist, nach Herkunft und Inhalt so verschieden gestaltete Rechtsbegriffe, daß es schon begrifflich unmöglich erscheint, sie auf zwei Rechtsinstitute einheitlich anzuwenden, die unter sich ebenfalls völlig wesensverschieden sind. Ja diese Wesensverschiedenheit zwischen Spezieskauf und Gattungskauf bedingt geradezu eine Verschiedenartigkeit in der Anwendung der beiden Theorien, weil die eine Art des Kaufs notwendigerweise Gewährleistungsansprüche und die andere Erfüllungsansprüche auslöst, wie noch nachzuweisen sein wird.

Während beim Spezieskauf der Parteiwille auf eine konkrete Einzelsache gerichtet ist, die der Käufer eventuell auch dann in „Kaufnehmen" muß, wenn sie die zugesicherten Eigenschaften nicht besitzt, so ist im Gegensatz hierzu die Absicht der Parteien beim Gattungskauf ganz allgemein auf eine einwandsfreie Sache gerichtet. Ein Gattungskäufer will ja gerade eben nicht eine bestimmte Sache ohne Rücksicht darauf, ob sie die zugesicherten Eigenschaften besitzt oder nicht, sondern er will eine Sache aus einer Gesamtheit kaufen, die einmal die Eigenschaften der Gattung dann aber außerdem noch die vertraglich zugesicherten Eigenschaften besitzt. Während also beispielsweise im Falle des Nichtvorhandenseins zugesicherter Eigenschaften beim

---

Treu und Glauben andererseits der Käufer als nicht verpflichtet anzusehen ist, eine Nachbesserung vornehmen zu lassen.

Dieser Standpunkt wird aber mit Recht von der herrschenden Meinung mißbilligt. Auch die Grundsätze von Treu und Glauben sind nicht geeignet, einen völlig neuen Anspruch von so grundsätzlicher Bedeutung in das Kaufsrecht einzuführen. Vgl. auch Nowicki a. a. O. S. 18.

Spezieskauf ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vorliegen würde, der nach § 305 B.G.B. nichtig wäre, wenn man sich konsequent auf den Standpunkt stellt, daß Leistung zugesicherter Eigenschaften zur Erfüllung des Vertrages gehört, ist dies beim Gattungskauf nicht der Fall, so daß also hier insoweit ein wichtiger Rechtfertigungsgrund für die Gewährleistungstheorie entfällt. Beim Gattungskauf ist der Wille des Käufers nicht auf eine Sache gerichtet, die zufällig vielleicht die zugesicherten Eigenschaften nicht hat, sondern sein Wille geht vielmehr auf eine Gattungssache, die den gegebenen Zusicherungen entspricht. Es ist also hier regelmäßig kaum anzunehmen, daß der Vertrag auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet ist. Grundsätzlich wird es innerhalb der Gattung stets vertragsmäßige, d. h. den zugesicherten Eigenschaften entsprechende Gegenstände geben, wenn nicht gerade der abnorme Fall eingetreten sein sollte, daß sämtliche Einzelsachen der gesamten Gattung den getroffenen Vereinbarungen nicht entsprechen. Aus dem gleichen Grunde trifft auch das beim Spezieskauf für die Gewährleistungstheorie sprechende Argument, das unmöglich außer der Kaufsache selbst noch die betreffende zugesicherte Eigenschaft in obligatione sein kann, für den Gattungskauf nicht zu. —

Außer diesen schon aus der rechtlichen Eigenart des Gattungskaufs folgenden Erwägungen spricht aber vor allem das Gesetz selbst mit der Bestimmung des § 480 B.G.B. nach meinem Dafürhalten unbedingt für die Erfüllungstheorie. Danach ist der Gattungskäufer im Falle des Fehlens zugesicherter Eigenschaften zur Zeit des Gefahrübergangs berechtigt, entweder Wandelung, Minderung oder Lieferung einer mangelfreien Sache oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Gerade der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache, der dem Käufer das Klagerecht auf Leistung einer den zugesicherten Eigenschaften entsprechenden Sache gibt, spricht dafür, daß der Gesetzgeber für den Gattungskauf hat bestimmen wollen, daß die Leistung einer mangelfreien Sache hier zur Erfüllung des Vertrages gehört. Der im § 480 B.G.B. gegebene Nachlieferungsanspruch beruht auf der Rechtsanschauung, daß der Verkäufer einer Gattungssache durch die Lieferung einer mangelhaften — den zugesicherten Eigenschaften nicht entsprechenden — Sache seiner Pflicht zur Leistung einer mangelfreien noch nicht genügt habe und deshalb bei der regelmäßigen Vertretbarkeit des Kaufgegenstandes „eine richtige Leistung der mangelfreien substituieren müsse“.[18]) Dieser An-

---

[18]) So Staudinger, Erl. zu § 480 III, 1 B.G.B.; ferner Havenstein, Gruch. Bd. 55 S. 449 ff., insbes. S. 468; Düringer-Hachenburg, Bd. 3 Anm. 232; Petri, Arch.Ziv.Prax. Bd. 109 S. 204; Oertmann, Erl. 2

spruch stellt sich also als eine durch mangelhafte Leistung herbeigeführte Modifikation des ursprünglich auf mangelfreie Leistung gerichteten Vertragsanspruchs dar. Er ist das an Stelle des ursprünglich gegebenen Erfüllungsanspruchs tretende Substitut, das seine Entstehungsursache ausschließlich in dem Abschluß des Kaufvertrages selbst hat. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde dieser so entstandene und zu erklärende Anspruch seine rechtliche Eigenart so grundlegend verändern sollte, daß er sich als ein Ausfluß der Gewährleistungspflicht des Verkäufers darstellen könnte.

Trotz dieser stark für die Erfüllungstheorie sprechenden Erwägungen herrscht in der Wissenschaft über die rechtliche Natur der in § 480 B.G.B. gegebenen Ansprüche keine Einigkeit. So werden von einer Reihe von Schriftstellern zum Teil durchaus beachtliche Gegenargumente angeführt, aus denen sie auch für den Gattungskauf Schlußfolgerungen für die alleinige Richtigkeit der Gewährleistungstheorie herleiten.[19])

Gegen die Richtigkeit der Erfüllungstheorie wird zunächst geltend gemacht, daß neben dem Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache gleichzeitig auch wahlweise Wandelung und Minderung dem Gattungskäufer zur Verfügung stehen. So sagt beispielsweise Fischer a. a. O. wörtlich: „Schon die ausdrückliche Heranziehung der §§ 464 ff. im § 480 schließt es für das heutige Recht einfach aus, den Nachlieferungsanspruch für einen Erfüllungsanspruch zu erklären.“ Es ist zuzugeben, daß die aus der Anordnung der ädilizischen Ansprüche beispielsweise für die Minderung sich ergebende Möglichkeit, auch mit einer mangelhaften Sache den Vertrag zu erfüllen, stark gegen die hier vertretene Auffassung spricht, daß beim Gattungskauf nur durch Leistung eines mangelfreien Gegenstands Vertragserfüllung bewirkt werden kann. Allein ein derartiger Widerspruch ist nur scheinbar vorhanden, in Wirklichkeit besteht er nicht.[20])

Der Gesetzgeber hat in § 480 B.G.B. die bekannte Streitfrage des gemeinen Rechts, ob beim Verkauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache die gelieferte mangelhafte Sache ein aliud sei, und der Käufer daher nur den Anspruch auf Erfüllung habe oder ob ihm, wie beim Spezieskauf, nur die ädilizischen Klagen zuständen, dahin entschieden, daß es ganz von dem Willen des Käufers abhängt, welche Rechte er für sich in Anspruch nehmen

---

zu § 480 B.G.B.; R.G.R.Komm., Erl. zu § 480 B.G.B.; Motive 2, 242; R.G.Z. Bd. 53 S. 204; Planck, Anm. 3 zu § 480 B.G.B.; Roth, L.Z. 18 S. 238; Wolff, Dogm.Jahrb. Bd. 56 S. 1 ff., insbes. S. 70.

[19]) So Fischer, Dogm.Jahrb. Bd. 51 S. 159 ff., insbes. S. 214; Schollmeyer, Dogm.Jahrb. Bd. 49 S. 93; Petri, Arch.Ziv.Prax. Bd. 109 S. 202 ff., insbes. S. 204; Höniger, L.Z. 1911 S. 578.

[20]) So auch Oertmann, Erl. zu § 480 B.G.B.

will. Der Käufer hat demnach die Möglichkeit, entweder die Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückzuweisen und darauf zu bestehen, daß ihm eine den zugesicherten Eigenschaften entsprechende geleistet werde, oder aber er kann die ihm angebotene Leistung auch als Erfüllung annehmen, obwohl sie an sich nicht mangelfrei ist. In diesem zuletzt erwähnten Falle handelt es sich dann aber schließlich überhaupt nicht mehr um einen Gattungskauf, sondern um einen durch den übereinstimmenden Willen der Parteien auf eine ganz individuell bestimmte Sache beschränkten Spezieskauf. Durch die Willenseinigung der Parteien ist die Konkretisierung des Geschäfts eingetreten und damit der Gattungskauf zu einem Spezieskauf geworden.[21]) Hieraus ergibt sich, daß die Anordnung der Gewährleistungsansprüche beim Gattungskauf nur konsequent ist. Sie trägt der Möglichkeit einer bereits eingetretenen Konkretisierung Rechnung. Jedenfalls läßt sich aus dem Nebeneinander von ädilizischen Ansprüchen und dem Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache nichts für die Abwegigkeit der Erfüllungstheorie beim Gattungskauf vorbringen.

Schollmeyer[22]) leitet auf Grund der Bestimmung des § 243 B.G.B., wonach ein Gattungsschuldner eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten habe, her, daß auch für den Gattungskauf nur allein die Gewährleistungstheorie Anwendung finden könne. Aus der Tatsache, daß eine fehlerhafte Sache bzw. eine solche Sache, die die zugesicherten Eigenschaften nicht besitze, nicht notwendig schlechter als mittlerer Art und Güte zu sein brauche, folge, daß es Eigenschaften geben müsse, für deren Vorhandensein ein Verkäufer nicht auf Grund des Kaufvertrages einzustehen brauche. Mithin gehöre die Lieferung zugesicherter Eigenschaften auch beim Gattungskaufe nicht notwendig zur Vertragserfüllung, sondern bilde lediglich den Gegenstand der Gewährleistung.

Aber auch diese an sich recht einleuchtend klingende Argumentation vermag die für die Erfüllungstheorie sprechenden Gründe nicht zu erschüttern. Ihr kann nicht zugegeben werden, wie es Oertmann im Gegensatz zu früheren Auflagen seines Kommentars tut, daß § 243 B.G.B. nichts zugunsten der Auffassung ergebe, daß der Verkäufer einer Gattungssache zur Lieferung des vertragsmäßigen Stücks verpflichtet sei. Schollmeyer übersieht

---

[21]) So auch R.G.R.Komm., Erl. zu § 243; R.G.Z., Bd. 43 S. 184 und Bd. 70 S. 426; Roth, L.Z. 18 S. 238; Havenstein, Gruch. Bd. 55 S. 449 ff.; Oertmann, Erl. zu § 480.

[22]) Dogm.Jahrb. Bd. 49 S. 100.

[23]) Dogm.Jahrb. Bd. 56 S. 68 ff.

m. E., worauf Wolff[23]) mit Recht hinweist, daß die Kaufsache eben nicht nur der Gattung nach bestimmt ist, so daß sie lediglich die Gattungsmerkmale zu tragen hat, sondern daß sie darüber hinaus noch außerdem die bestimmten zugesicherten Eigenschaften besitzen muß. Ohne Leistung dieser Eigenschaften kann aber der Verkäufer seiner Verpflichtung aus § 243 Abs. 2 B.G.B. nicht nachkommen. Durch Leistung mangelhafter Gegenstände hat er das zur Lieferung „seinerseits Erforderliche" nicht getan. Er kann den Kaufgegenstand nicht in einer Weise anbieten, daß der Käufer im Falle der Nichtannahme in Annahmeverzug käme. Dies ist aber unerläßliche Voraussetzung dafür, daß der Verkäufer das „seinerseits Erforderliche" getan hat.[24]) Hieraus folgt, daß auch § 243 B.G.B. nicht im Widerspruch zu der hier vertretenen Erfüllungstheorie steht, im Gegenteil spricht der Umstand, daß sich das Kaufgeschäft im Falle der Leistung mangelhafter Sachen nicht konkretisiert, es sei denn gerade, daß die Parteien übereinstimmend die Konzentration wollen, für die Erfüllungstheorie. Für Gewährleistungsansprüche ist beim Gattungskauf, so lange er nicht konkretisiert ist, überhaupt kein Raum und kein Bedürfnis,[25]) weil diese Ansprüche, wie gezeigt worden ist, begriffsnotwendig eine Erfüllung, wenn auch eine mangelhafte, voraussetzen. Vor der Konkretisierung des Kaufgeschäfts kann aber von einer Erfüllung keine Rede sein. Die Gewährleistungsansprüche sind immer erst nach erfolgter Konkretisierung gegeben, d. h. dann, wenn sich der Gattungskauf zu einem Kauf einer bestimmten Einzelsache umgewandelt hat und die Rechtslage sich inzwischen so gestaltet hat, als wenn von Anfang an nicht eine Gattungssache, sondern die konkrete Spezies in obligatione gewesen wäre.

Zu Bedenken könnte schließlich noch die Tatsache Veranlassung geben, daß der Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsanspruch nach der für entsprechend anwendbar erklärten Bestimmung des § 477 B.G.B. in der kurzen Zeit der Gewährleistungsansprüche verjährt. Doch braucht dieser Umstand m. E. deswegen nicht zu befremden, weil er sich voll und ganz aus der Erwägung rechtfertigt, daß es dem Käufer einer Gattungssache unmöglich erlaubt sein darf, den Verkäufer so ungebührlich lange auch innerhalb einer Zeit, in der ihm kein berechtigtes Interesse mehr zur Seite steht, über seine Entscheidung im unklaren zu lassen.[26])

---

24) R.G.R.Komm., Erl. zu § 243 B.G.B.

25) Wolff a. a. O. S. 70.

26) So auch Oertmann, Erl. zu § 480 B.G.B.; Wolff, Dogm.Jahrb Bd. 56 S. 73. Anderer Ansicht Petri, Arch.Ziv.Prax. Bd. 109 S. 208.

c) Die Zusicherung bei Miete und Pacht.

Bei der Miete und der nach gesetzlicher Vorschrift entsprechend zu behandelnden Pacht sind im Gegensatz zum Spezies- und Genuskauf die aus der Zusicherung folgenden Gerechtsame nicht als besondere, selbständig für sich bestehende Ansprüche wie beispielsweise Wandelung und Minderung gestaltet, sondern sie bestehen hier vielmehr in einer Beschränkung der Vertragsrechte und -pflichten.

Diese besonders geartete Regelung hat ihren Grund darin, daß es sich bei diesen Rechtsinstituten nach ihrer Eigenart im Gegensatz zum Kauf um Schuldverhältnisse handelt, die für eine längere Dauer berechnet sind, so daß hier die sonst üblichen Rechtsbehelfe schon deshalb unzweckmäßig und ungeeignet wären. § 536 B.G.B. enthält die hier interessierende, grundlegende Bestimmung für das Mietrecht. Danach ist der Vermieter verpflichtet, die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und für diesen Zustand fort und fort Gewähr zu leisten, d. h. ihn zu garantieren.

Die rechtliche Bedeutung dieser Gesetzesvorschrift liegt darin, daß dem Mieter das Recht gegeben ist, auf jede rechtlich zulässige Weise[27]) von dem Vermieter zu verlangen, den ihm gesetzlich und vertraglich obliegenden Verpflichtungen nachzukommen, d. h. mit anderen Worten, die dem Mieter gegen den Vermieter zustehenden Rechtsbehelfe sind reine Erfüllungsansprüche.[28]) Es kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß der Mieter diesen Anspruch auch hat, wenn es gilt, die Leistung zugesicherter Eigenschaften der Mietsache durchzusetzen,[29]) denn sie gehören in diesem speziellen Falle eben zur „Vertragsmäßigkeit" der Mietsache.

Auch die dem Mieter in § 537 B.G.B. gegebenen, besonderen Rechte auf Herabsetzung des Mietzinses bzw. der Befreiung von seiner Entrichtung sprechen nicht gegen die Erfüllungstheorie. Die Beschränkung und eventuelle gänzliche Aufhebung der Rechte des Vermieters rechtfertigt sich hier aus der Erwägung, daß er durch Leistung einer mangelhaften bzw. einer den zugesicherten Eigenschaften nicht entsprechenden Mietsache seine Verpflichtungen noch nicht „erfüllt" hat und daß ihm daher nicht die für volle Erfüllung versprochene Gegenleistung gewährt werden kann.

---

[27]) Seine Ansprüche kann er nicht nur mit der auf § 536 B.G.B. gestützten Klage geltend machen, sondern er kann naturgemäß auch auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge nach §§ 320 ff. B.G.B. vorgehen.

[28]) Vgl. hierzu insbes. Mot. II, 373.

[29]) So auch Staudinger, Erl. zu § 536 B.G.B.

d) Die Zusicherung beim Werkvertrag.

Keine Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob es sich bei den durch die Zusicherung begründeten Rechten inhaltlich um Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche handelt, bei dem Werkvertrag. Hier bestimmt § 633 B.G.B. eindeutig: „Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat. Er gibt dem Besteller weiterhin das Recht, Beseitigung des Mangels d. h. kostenlose Nachbesserung zu verlangen. Daraus geht klar hervor, daß es sich bei den dem Besteller beim Werkvertrage zustehenden Rechten inhaltlich um reine Erfüllungsansprüche handelt. Der beste Beweis hierfür ist die dem Besteller zustehende Klage auf Nachbesserung der zugesicherten Eigenschaft.

Dieser Ansicht scheint auch nicht Petri[30]) entgegentreten zu wollen, wenn er schreibt: „Der Nachlieferungsanspruch ist Ausfluß der Gewährleistungspflicht. Er ist seiner rechtlichen Behandlung nach ein Mängelrecht usw.", denn seine Ausführungen behandeln den Werklieferungsvertrag und zwar als Gattungsgeschäft, bei dem ja § 651 B.G.B. unter gewissen Voraussetzungen die Vorschriften über den Kauf — also auch § 480 B.G.B. — für entsprechend anwendbar erklärt. Aus den Darlegungen Petris folgt daher nur, daß er den Nachlieferungsanspruch beim Genuskauf als einen Gewährleistungsanspruch ansieht. Beim einfachen Werkvertrag scheint auch er nicht den Erfüllungscharakter des Nachbesserungsanspruchs leugnen zu wollen.

II. Die formelle Gestaltung der Zusicherung.

§ 5. Der innere Rechtsgrund der Zusicherung.

a) Die Erfüllungsansprüche.

Während durch die Abgrenzung der Erfüllungs- von den Gewährleistungsansprüchen das Wesen der Zusicherung seinem Inhalt nach klargelegt worden ist, bleibt zu seiner vollständigen Erfassung noch eine Untersuchung übrig, die Schlußfolgerungen hinsichtlich ihrer Form gestattet, denn nur durch Bestimmung des Inhalts und der Form einer Sache kann man ihr Wesen erfassen.

Der Weg, den diese Untersuchung zu nehmen hat, ist vorgezeichnet durch die Erwägung, daß für die rechtliche Gestaltung der Zusicherung, d. h. für die Erfordernisse, denen sie in formeller Hinsicht genügen muß, um die vom Gesetzgeber gewollten Wirkungen ausüben zu können, ihr innerer Rechtsgrund von

[30]) Arch.Ziv.Prax. Bd. 109 S. 204.

ausschlaggebender Bedeutung ist. Es ist unerläßlich zu wissen, aus welchem Grunde sich die an eine Zusicherung geknüpften Rechtsfolgen rechtfertigen, in wessen Interesse, zu welchem Zweck und in welcher Absicht sie der Gesetzgeber gegeben hat, denn es ist offensichtlich, daß sich die formellen Bedingungen nach dem zugrunde liegenden Motiv richten und richten müssen, weil eben nur eine Zusicherung, die den an sie gestellten Erfordernissen gerecht wird, den beabsichtigten Zweck des Gesetzgebers zu erfüllen vermag. Verschiedenartige Rechtsgründe können verschieden gestaltete Formen rechtfertigen und umgekehrt verlangt derselbe rechtliche Grund eine einheitliche Form.

In allen den Fällen, in denen die Zusicherung, wie oben dargelegt, reine Erfüllungsansprüche auslöst wie beim Genuskauf, Werkvertrag, der Miete und Pacht ist der Grund dafür, daß dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft eine bestimmte rechtserhebliche Bedeutung zukommt, leicht gefunden. Weil nicht gehörig d. h. noch nicht vertragsmäßig erfüllt worden ist, gibt der Gesetzgeber verschiedene Ansprüche wie beispielsweise beim Gattungskauf auf Lieferung einer mangelfreien Sache, d. h. einer Sache, die den zugesicherten Eigenschaften entspricht, oder den Nachbesserungsanspruch im Falle der Lieferung eines mangelhaften Werkes. Er gibt diese Ansprüche deshalb, weil es ungerecht und unerträglich wäre, wenn ein Vertragsteil mit seiner ungehörigen Vertragserfüllung, also einer geringeren Leistung, als es der abgeschlossene Vertrag von ihm verlangt, uneingeschränkt von seinem Kontrahenten die volle vertragliche Gegenleistung trotz seiner eigenen mangelhaften Leistung fordern können sollte. Dieser Härte tritt der Gesetzgeber in seinem mannigfachen Bestreben entgegen, die Vertragsleistungen einander äquivalent zu gestalten und so einen objektiven Interessenausgleich herbeizuführen.

In Wirklichkeit handelt es sich in den genannten Fällen aber auch nur um eine scheinbare und nicht endgültige Inäquivalenz der Leistungen, sie ist nur vorübergehend und nur in tatsächlicher Hinsicht vorhanden. In rechtlicher Hinsicht halten sich Leistung und Gegenleistung durchaus die Waage, denn rechtlich ist irgend ein Interesse eines Vertragsteils nicht dadurch verletzt, daß der andere Kontrahent nicht der Zusicherung entsprechend geleistet hat, weil eben so lange eine Erfüllung des Vertrages noch nicht erfolgt ist, der Vertrag also noch nicht in Ordnung ist.

Beim Genuskauf und dem Werkvertrag beispielsweise erreicht der Gesetzgeber den von ihm beabsichtigten Erfolg der Interessenangleichung dadurch, daß er den Vertragsteil, der nicht entsprechend der gegebenen Zusicherung geleistet hat, zu einer Erhöhung der von ihm gebotenen Leistung verpflichtet, sei es durch

Lieferung einer anderen ordnungsmäßigen Sache oder durch eine Nachbesserung des Mangels. Bei der Miete und Pacht dagegen wird der gewünschte Erfolg auf genau umgekehrtem Wege herbeigeführt, hier ist es durch die Natur dieser Verträge geboten, nicht Erhöhung der zu geringen Leistung, sondern Herabsetzung der zu hohen Gegenleistung anzuordnen, die hier sogar gleich Null für den Fall werden kann, daß die Mietssache zum erwarteten Gebrauch untauglich ist.

b) Die Gewährleistungsansprüche

α) Wandelung und Minderung.

Völlig verschieden hiervon ist die Sachlage dort, wo es sich wie beim Spezieskauf bei den an eine Zusicherung geknüpften Rechtsfolgen inhaltlich um Gewährleistungsansprüche handelt, wo also die Leistung des Zugesicherten nicht zur Erfüllung des Vertrages gehört. Hier ist weder tatsächlich noch rechtlich Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung vorhanden, denn formell ist gerade hier der Vertrag auch bei mangelhafter Erfüllung rechtlich durchaus in Ordnung. An sich klingt es zwar auf den ersten Blick befremdend, ja sogar widerspruchsvoll, daß jemand, der bestimmte Eigenschaften, die er einer Kaufsache zugesichert hat, nicht zu verschaffen braucht, der den Vertrag also erfüllt und zwar vollständig erfüllt hat, auch wenn diese Eigenschaften tatsächlich fehlen, trotzdem aber im Falle des Fehlens Rechtsverbindlichkeiten auf sich nehmen muß. Hierin liegt jedoch keineswegs etwas Sinnwidriges, sondern etwas an sich durchaus Gerechtfertigtes. Dies ist, wie bereits gezeigt worden ist, das wahre Wesen und der eigentliche Inhalt der Gewährleistungsansprüche, einzustehen für etwas, obwohl an sich voll erfüllt ist. Der rechtfertigende Grund hierfür ist auch hier und gerade hier in der durch den Kauf geschaffenen Interessenlage der Parteien zu erblicken.

Der Idealzustand bei einem Kaufgeschäft ist theoretisch genommen der, daß der Käufer nicht nur nach dem subjektiven Maßstabe der Parteien gemessen, sondern objektiv an Werten soviel empfängt, wie er als Kaufpreis hingibt, und daß der Verkäufer eine Sache veräußert, die dem Werte entspricht, den er als Kaufpreis erhält. Daß ein derartiger Zustand tatsächlich weder erreichbar noch auch wünschenswert ist, liegt auf der Hand. Er widerspräche jeglichen Grundsätzen der Wirtschaft und der vorwärts strebenden auf Gewinn abzielenden Einstellung der Menschen. Er unterbände jedes Wirtschaftsleben. Trotzdem muß der Gesetzgeber bemüht sein, Rechtsbehelfe dafür zu schaffen, die jenem Idealzustande verhältnismäßig nahekommen, wenn er es nicht zu-

lassen will, daß der gegenseitigen, schrankenlosen Übervorteilung Tür und Tor geöffnet wird. Dieser Interessenausgleich, das Bestreben, Leistung und Gegenleistung äquivalent zu gestalten, ist der rechtfertigende Grund.

Ein Käufer bietet naturgemäß von sich aus für das Kaufobjekt nur das, was ihm als Preis angemessen erscheint, was seinen Erwartungen, die er sich von der Kaufsache macht, entspricht. Er wird bei der Höhe seines Angebotes, damit also ganz allgemein beim Vertragsabschluß, beeinflußt von dem, was er sich von der Sache erhofft und auf Grund von Zusicherungen seines Vertragsgegners vorzustellen berechtigt ist. Es wäre unbefriedigend und auch inkonsequent, wenn der Gesetzgeber beispielsweise dem Käufer eines Autos, der in seinen Erwartungen auf Grund der ihm gegebenen Zusicherung, es könne 80 Kilometer in der Stunde fahren, die ihn veranlaßte, einen höheren Preis zu bieten, nicht Rechtsbehelfe gegen den Verkäufer an die Hand geben würde, im Falle des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft, die diese ungerechte Vermögensverschiebung zugunsten des Verkäufers auf Kosten des Käufers ausglichen.

Diese Regelung ist gerade hier um so notwendiger und stößt der Natur der Sache nach dort auf die größten Schwierigkeiten, wo zwar formell alles in Ordnung geht, also überall dort, wo nicht die Leistung zugesicherter Eigenschaften Vertragserfüllung ist.

Der objektive Interessenausgleich erfordert gerade hier eine Haftung des Vertragsteils, der einer Sache zwar bestimmte Eigenschaften zugesichert und auf Grund dieser Zusicherung von seinem Kontrahenten eine höhere Gegenleistung gezahlt erhalten hat, in Wahrheit aber eine Sache geliefert hat, die diesen Eigenschaften nicht entspricht. Juristisch genommen ist zwar beispielsweise ein Verkäufer damit seinen vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen, der Käufer hat gegen ihn keinen Anspruch auf Lieferung einer den Zusicherungen entsprechenden Sache. Die Billigkeit erfordert es jedoch ebenso wie die Grundsätze von Treu und Glauben sowie das gesamte Wirtschaftsleben überhaupt, wenn dem in seinen berechtigten Erwartungen Getäuschten ein Ausgleich geboten wird. Diesen Ausgleich, die Herstellung der durch das Verhalten eines Vertragsteils gestörten Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung erstrebt der Gesetzgeber in diesen Fällen auf mehrfache Weise mit der Wandelung und mit der Minderung. Er verhilft einem Käufer, das bestehende Mißverhältnis aus der Welt zu schaffen, dadurch zu seinem Recht, daß er ihm die Befugnis zuspricht, von dem Vertrage zurückzutreten. Er erhält den Kaufpreis, den er in enttäuschter Erwartung gegeben hat und der Verkäufer erhält die Kaufsache zurück. Die Parteien stehen also

danach genau so da, als wäre die durch den Kauf beeinträchtigte Lage in ihrem Vermögen nicht eingetreten. Da sich die Rückgewähr der empfangenen Gegenstände nach § 467 B.G.B. nach den Vorschriften über den Rücktritt vollzieht, ist die Wiederangleichung der Parteiinteressen in vorbildlicher Weise erreicht. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe, der Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen oder Vergütung von Nutzungen, auf Ersatz von Verwendungen bestimmt sich demnach nach § 347 B.G.B. nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Mit anderen Worten bedeutet dies, daß der Vertragsteil, der eine Sache zurückzugewähren hat, für den Fall schuldhaften Handelns Schadensersatz zu leisten hat und ähnliche Bestimmungen mehr, die sämtlich darauf abzielen, die Rückgewähr möglichst vollständig und umfassend zu gestalten.

Auf andere Weise sucht der Gesetzgeber das gestörte Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung durch die Minderung wiederherzustellen. Gerade bei diesem Rechtsinstitut tritt der Interessenausgleich, jenes in Einklangbringen des unverdienten Plus mit dem ungerechtfertigten Minus ganz besonders anschaulich in Erscheinung. Dem Käufer, der die Kaufsache behalten will, wird hier das Recht gegeben, den Kaufpreis herabzusetzen, zu mindern, und zwar soweit, bis ein gerechtes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung geschaffen ist.

β) Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Der objektive Ausgleich widerstreitender Parteiinteressen bildet schließlich auch einen rechtfertigenden Rechtsgrund bei der letzten, noch zu untersuchenden Rechtsfolge, die der Gesetzgeber wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft dem beschwerten Vertragsteile zugesteht, dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung, oder wie er besser hieße, Schadensersatz wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaft, weil hier keine Erfüllungspflicht in Frage steht. Bei ihm erfordert es, wie bei allen anderen Gewährleistungsansprüchen, die Billigkeit, daß die durch die Rechtslage entstehende Inäquivalenz von Wert und Gegenwert ausgeglichen wird. Hier wird auf ähnliche Weise wie beim Gattungskauf und Werkvertrage durch Erhöhung der Leistung desjenigen der ohne die Zusicherung geleistet hat, das Gleichgewicht hergestellt.

Außerdem besteht aber bei diesem Anspruch im Gegensatz zu den bisher besprochenen Rechtsbehelfen noch die Besonderheit, daß für ihn auch noch eine andere causa von ausschlaggebender Be-

deutung sein kann. Der Schadensersatzanspruch kann nämlich auch, und dies wird in der Hauptsache der Fall sein, aus dem ihm zugrunde liegenden Garantievertrage folgen. In diesem Falle ist er der unmittelbarste und reinste Ausfluß, der sich aus der Wesensart jenes Vertrages ergibt. Schadensersatz wegen Nichterfüllung im wahrsten Sinne des Wortes für den Fall des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft leisten will und muß nämlich nur derjenige, der für ihr Vorhandensein auf alle Fälle die Gewährleistung übernehmen wollte, der mit anderen Worten eben die Garantie für ihr Bestehen übernommen hat. Hierbei ist zunächst hervorzuheben, daß Gewährleistung übernehmen lediglich sprachlich genommen die Bedeutung hat, voll und ganz für etwas einstehen zu wollen, wie ja auch ethimologisch gewere und Garantie auf dieselbe Sprachwurzel zurückzuführen sind,[1]) daß aber damit keineswegs eine Gewährleistung in gesetzestechnischem Sinne gemeint sein soll. Das direkte Gegenteil ist nämlich in Wirklichkeit der Fall. Wer etwas garantiert, muß erfüllen, muß beispielsweise Mängel beseitigen und Fehler nachbessern, wer für etwas lediglich Gewährleistung im technischen Sinne übernimmt, hat keine Erfüllungsverpflichtung. Gegen ihn bestehen lediglich die Gewährleistungsansprüche und zwar auch dann, ja gerade dann, wenn rechtlich der Vertrag an sich voll erfüllt ist.

Hierin liegt zugleich der grundsätzliche Unterschied zwischen einer Zusicherung und einem Grantievertrage, der nicht zu leugnen ist. Nicht jedem Schadensersatzanspruche nach § 463 B.G.B. liegt eine Garantie zugrunde, weil es auch denkbar sein muß, daß auch einer Erklärung, die die Eigenschaft einer Sache lediglich als erheblich hervorheben wollte, die Bedeutung zukommen kann, einen Schadensersatzanspruch (Gewährleistungsanspruch) hervorzurufen. Handelt es sich jedoch um wirkliche Garantie, dann ist der rechtfertigende Grund des Schadensersatzes nicht wie im Fall der Zusicherung in dem Ineinklangbringen von Leistung und Gegenleistung zu erblicken, denn hier ist ja von Anfang an rechtlich überhaupt kein Mißverhältnis, sondern Gleichgewicht vorhanden. Es mag zwar vorübergehend ein Zustand bestehen, daß ein Vertragsteil mehr gegeben hat, als ihm geboten wurde, doch ist dieser Zustand im Gegensatz zu den Fällen reiner Gewährleistung hier vom Gesetzgeber nicht als endgültig festgelegt und gewollt. Rechtlich, und darauf kommt es allein an, sind die gegenseitigen Vertragsleistungen einander äquivalent.

Zusammenfassend ist daher als Ergebnis für die Frage nach dem inneren Rechtsgrunde des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung, wie ihn der Gesetzgeber nennt, folgendes festzu-

---

[1]) cf. Süß, S. 64.

stellen. Besteht keine Vertragspflicht, der Zusicherung entsprechend zu erfüllen, sondern ist dies lediglich Gegenstand der Gewährleistung, so liegt seine causa in der objektiven Interessenangleichung, die die durch die Gewährleistung sich ergebenden Härten beseitigen soll. In allen übrigen Fällen ist der Schadensersatzanspruch meines Erachtens ein wirklicher Erfüllungsanspruch, der wegen tatsächlicher und rechtlicher Nichterfüllung des Vertrages gegeben ist. Sein rechtfertigender Grund ist in dem zugrunde liegenden Garantievertrage zu erblicken.

§ 6. Was folgt aus dem inneren Rechtsgrunde für die Form der Zusicherung?

a) Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung?

Mit den Untersuchungen über den inneren Rechtsgrund der Zusicherungsfolgen ist ein sicheres Fundament geschaffen, auf dem man zuverlässige Schlüsse hinsichtlich der an die rechtliche Gestaltung der Zusicherung zu stellenden Ansprüche aufbauen kann. Zunächst soll von dieser Grundlage aus Stellung zu der umstrittenen Frage genommen werden, ob sie überhaupt als ein Rechtsgeschäft anzusehen ist, oder ob nicht lediglich eine einfache Rechtshandlung, ein tatsächlicher Akt ausreicht, um die beabsichtigten Wirkungen zu erzielen. Die Beantwortung dieser Frage erfordert es, zunächst die in der Literatur keineswegs unstreitigen Begriffe „Rechtsgeschäft" und „Rechtshandlung" festzulegen und gegeneinander abzugrenzen, um dann mit Hilfe der die Zusicherungsfolgen rechtfertigenden Gründe entscheiden zu können, in welcher Kategorie sie unterzubringen ist.

Die Tatsachen, an die die geltende Rechtsordnung rechtliche Wirkungen knüpft, sind entweder rein objektive Naturtatsachen[2]) (wie das An- und Abspülen von Land, die Nachbarschaft zweier Grundstücke usw.), die hier außer Betracht zu bleiben haben, oder auf ein menschliches Verhalten zurückzuführende Umstände (Bezahlen einer Schuld, die Spezifikation einer Sache, die Wohnsitzbegründung und dergleichen). Soweit rechtliche Folgen an ein auf einen menschlichen Willen zurückzuführendes Verhalten geknüpft sind, spricht man von juristischen Handlungen, zu denen sowohl die rechtmäßigen wie die unerlaubten Handlungen gehören. Unter dem von der Rechtsordnung als rechtmäßig angesehenen Geschehen treten sich in der Hauptsache zwei große Gruppen gegenüber: *Die Rechtsgeschäfte* und *die Rechtshandlungen*.

Die ersteren sind Privatrechtswillenserklärungen, die auf die Erreichung eines bestimmten, *rechtlichen Erfolges* ab-

---

²) So Planck, 3. Abschn. „Rechtsgeschäfte" S. 221 ff.

zielen. Dieser erstrebte Erfolg tritt bei ihnen deshalb ein, weil er gewollt ist.[3]) Ihr wesentlicher Bestandteil ist also eine auf einen rechtlichen Erfolg gerichtete Willenserklärung. Doch wäre es zum mindesten ungenau, „Rechtsgeschäft“ mit „Willenserklärung“ zu identifizieren, denn ein Rechtsgeschäft ist nicht bloß die Willenserklärung als solche, sondern der die Rechtswirkung begründende, eine Willensäußerung enthaltende Tatbestand in seiner Gesamtheit. So gehören beispielsweise zu einem Vertrage, der ja zweifellos ein Rechtsgeschäft darstellt, nicht bloß zwei oder mehrere Willenserklärungen, sondern es muß darüber hinaus noch hinzukommen, daß sie miteinander in Einklang stehen.[4])

Demgegenüber stellen die Rechtshandlungen Handlungen mit Rechtswirkungen dar, für deren Eintritt es nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt sind oder nicht. Bei ihnen kommt es auf die Vorstellung eines rechtlichen Erfolges überhaupt nicht an, entscheidend ist allein für sie der durch den Willen bewirkte, äußere tatsächliche Zustand, der Effekt.[5])[6])

---

[3]) So auch in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht in R.G.Z. Bd. 68, 324, Bd. 58, 346, Bd. 67, 8 und 412; Mot. I, 126; Planck a. a. O. S. 221 ff.; Aravantinos, Rechtsgeschäft und Rechtshandlung, Dogm.-Jahrb. Bd. 48 S. 136.

[4]) Vgl. Staudinger, Rechtsgeschäfte, Einleitung von § 114 S. 395 ff.; Planck, 3. Abschn. Rechtsgeschäfte S. 221 ff.

[5]) Aravantinos, Dogm.Jahrb. Bd. 48 S. 136.

[6]) Bei Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 652 ff., findet sich eine sehr genau spezifizierte Gliederung der Rechtshandlungen. Er teilt sie ein in: 1. rein äußerliche Handlungen, zu denen er diejenigen rechnet, die nächst ihrer Qualität als Handlungen lediglich mit Rücksicht auf den äußeren, von ihnen geschaffenen Erfolg mit Rechtswirksamkeit bekleidet werden wie z. B. Fruchterwerb und Fund. 2. die mit besonderen inneren Tatsachen verknüpften Rechtshandlungen z. B. Wohnsitzbegründung, Geschäftsführung u. dgl. a. a. O. S. 678. Diesen beiden Gruppen stellt er als etwas Besonderes die Mitteilungen gegenüber, die sich nach Manigk wieder in die Willens- und Vorstellungsmitteilungen gliedern. Willensmitteilungen sind Kundgebungen, deren Gegenstand und Inhalt ein Wollen ist, wobei sich dieses Wollen aber nicht wie bei den Willenserklärungen auf einen Rechtserfolg, sondern ein äußeres Geschehnis richtet. Hierin rechnet er die Mahnung, den Widerspruch u. a. m.

Vorstellungsmitteilungen sind nach Manigk a. a. O. S. 702 Mitteilungen über äußere Geschehnisse und Tatsachen der Vergangenheit oder Gegenwart. Bei ihnen wird dem Gegner nicht lediglich eine Tatsache mitgeteilt, sondern die Vorstellung des Mitteilenden von dieser Tatsache. Zu diesen Mitteilungen rechnet Manigk auch die Zusicherung.

Mit Recht weist Staudinger a. a. O. darauf hin, daß einer derartigen Unterscheidung lediglich terminologischer Wert beizumessen ist, praktisch kommt ihr kaum eine Bedeutung zu.

Wie die Untersuchungen über den Rechtsgrund der Zusicherung ergeben haben, sucht der Gesetzgeber mit den von ihm gegebenen Rechtsbehelfen gerade das Mißverhältnis auszugleichen, das dadurch entstanden ist, daß der Zusichernde seinen Kontrahenten zu einer ungerechtfertigt hohen Bemessung der Gegenleistung veranlaßt hat. Entscheidend für die Entstehung des Mißverhältnisses ist aber lediglich die Tatsache, daß es dem Zusichernden gelungen ist, in seinem Gegner die Vorstellung (beispielsweise von der Rentabilität eines Miet- oder Kaufgegenstandes) zu erwecken, daß die von ihm angebotene Leistung den in Wirklichkeit zu hohen gebotenen Gegenwert habe. Die Zusicherung wirkt also wegen des inneren, psychischen Effekts nämlich der durch die Mitteilung geschaffenen Einwirkung auf die Vorstellungswelt des Empfängers.[7]) Sie ist daher eine Rechtshandlung und kein Rechtsgeschäft. Es kommt nicht darauf an, daß der Zusichernde den rechtlichen Erfolg seiner Erklärung gewollt hat, daß er sich also beispielsweise bei einem Verkaufe aller rechtlichen Konsequenzen des beabsichtigten Geschäfts bewußt ist, daß er sich die eventuell entstehende Verpflichtung zur Gewährleistung vergegenwärtigt hat, sondern maßgebend ist allein das Faktum, daß er die Ideenwelt seines Gegners beeinflußt hat. Die Haftung aus den §§ 459, 463 B.G.B. trifft ihn, obwohl er sie rechtsgeschäftlich nicht übernommen hat, ja selbst wenn er sich über die Rechtsfolgen seiner Zusicherung überhaupt nicht im Klaren gewesen ist. Vollständig abwegig ist also die beispielsweise von Levy[8]) vertretene Auffassung, die Zusicherung sei materiell nur eine Versicherung eines gewissen Zustandes der Kaufsache mit dem Willen, für diesen Zustand in bestimmter Weise erhöht haften zu wollen. Der auf die höhere Haftung gerichtete Wille sei das Wesentliche einer Zusicherung.[9])

b) Stillschweigende oder ausdrückliche Erklärung?

Mit der behandelten Frage, ob die Zusicherung stets durch eine Willenserklärung erfolgen müsse oder auch in einem tatsächlichen Akt, einer Rechtshandlung, erblickt werden könne, steht eine andere die Form der Zusicherung betreffende Streitfrage in engem Zusammenhange, nämlich die, ob sie durch konkludente Hand-

[7]) Manigk a. a. O. S. 703 ff.

[8]) A. a. O. S. 34.

[9]) Abweichend von der hier entwickelten Ansicht auch Wetzel a. a. O. S. 21: „Eine wesentliche Voraussetzung für die Entstehung der Pflichten aus der Zusicherung ist der rechtsgeschäftliche Wille des Verkäufers."

lungen, also durch stillschweigende Erklärungen,[10]) erfolgen könne oder nicht.[11])

Die Bejahung dieser Frage ergibt sich eigentlich bereits schon aus der oben vertretenen Auffassung, daß auch in einem Faktum eine Zusicherung liegen könne, denn eine stillschweigende Erklärung ist doch immerhin eine in irgend einer Form zum Ausdruck gekommene Willenserklärung und also mehr als ein tatsächlicher Akt, der auf keinen rechtsgeschäftlichen Erfolg gerichtet ist. Aus welchem Grunde sollte es auch erforderlich sein, daß beispielsweise ein Verkäufer seine zusichernden Erklärungen ausdrücklich abgeben müßte, damit sie als Zusicherungen im gesetzestechnischen Sinne Geltung haben können? Der Zweck, den der Gesetzgeber mit der Zusicherung erreichen wollte, und der innere Rechtsgrund, der sie rechtfertigt, daß nämlich durch sie bestimmend auf die Vorstellungswelt eines anderen eingewirkt worden sein muß, erfordern eine ausdrückliche Erklärung nicht. Auch konkludenter ist die Zusicherung der Eigenschaft einer Sache möglich und rechtlich beachtlich. Auch eine stillschweigende Erklärung vermag den entscheidenden psychischen Effekt im Verhandlungsgegner hervorzurufen.

Doch ist diese Ansicht in der Literatur keineswegs anerkannt, wie die große Anzahl der Schriftsteller beweist, die die Zusicherung nur in ausdrücklich erklärter Form zulassen wollen.[12]) Sie vertreten den Standpunkt, daß eine Zusicherung nicht aus Erfahrungsgrundsätzen ergänzt werden dürfe. Da sie eine besondere, erhöhte Haftung begründe, bedürfe sie besonders markanter Hervorhebung. Sie gehe über das Maß des Gewöhnlichen hinaus, dieser Tatsache werde nicht, zum mindesten nicht gebührend Rechnung getragen, wenn man sie auch als stillschweigende Erklärung für erheblich halte.

Andere[13]) halten konkludente Handlungen für eine Zusicherung deshalb nicht für möglich, weil in unser geltendes Gesetz der Begriff des „vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauchs“ eingeführt sei. Dieser schließe die Annahme einer stillschweigenden Zusicherung aus, denn was nach dem Vertrage vorausgesetzt werden

---

[10]) So im wesentlichen, wenn auch sehr vorsichtig die Praxis: R.G. II vom 27. 5. 1910, J.W. 10 S. 749, Warn. 10 Nr. 269 S. 280, III vom 17. 3. 1922, Seuff. 77 Nr. 180 S. 222.

[11]) Emerich a. a. O. S. 61; Julius a. a. O. S. 10; Manigk a. a. O. S. 712 § 177 am Ende: „Eine Zusicherung ist immer nur eine ausdrückliche Angabe usw.“ So auch Langbein S. 13 und Schröder S. 19.

[12]) Insoweit herrscht allerdings Einigkeit, daß die Annahme einer ausdrücklich erklärten Zusicherung stillschweigend erfolgen könne. Vgl. Wetzel S. 24 ff. mit näheren Literaturangaben.

[13]) Z. B. Schröder a. a. O. S. 19.

dürfe, seien niemals stillschweigend zugesicherte, sondern eben nur gewöhnliche, nach dem Vertrage vorausgesetzte Eigenschaften.

Zu diesen Gegenargumenten ist mit der herrschenden Rechtsprechung zu sagen, daß zwar bei der Annahme stillschweigender, den Zusichernden bindender Erklärungen aus den dargelegten Gründen äußerste Vorsicht zu beobachten ist, daß aber derartige Zusicherungen keineswegs begrifflich unmöglich sind.[14] Derartig gestaltete Zusicherungen werden regelmäßig nur dort angenommen werden dürfen, wo sie sich als ein Verhalten darstellen, das nach der Verkehrsübung zum Schluß auf den Willen nötigt, wo also nach den herrschenden Erfahrungstatsachen eine andere Deutung einfach nicht möglich ist. Dieses Erfordernis trägt m. E. durchaus dem Umstande Rechnung, daß eine Zusicherung „über das Maß des Gewöhnlichen hinausgeht“, denn man kann doch schließlich nicht mehr verlangen, als daß der Zusichernde in unmißverständlicher Weise zum Ausdruck bringt, was er zusichern will. Es widerspräche jeglichen Anschauungen des Verkehrs und wäre eine durch nichts zu rechtfertigende Härte, wenn man in diesen Fällen eine ausdrückliche Erklärung verlangen würde und das stillschweigend Erklärte für rechtlich bedeutungslos ansehen wollte, denn auch eine konkludente Handlung ist eine durchaus erkennbare Willensäußerung. Sie ist ebenso wie die ausdrücklich erklärte Zusicherung geeignet, die Bestimmung der Gegenleistung des Vertragsgegners zu beeinflussen.

Auch das zur Begründung der Ansicht Vorgebrachte, daß der Begriff des vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauchs den Begriff stillschweigend zugesicherter Eigenschaften erledige, vermag den hier vertretenen Standpunkt nicht zu widerlegen. Gegen diese Ansicht spricht schon die Bestimmung des § 459 B.G.B., in der der vertragsmäßig vorausgesetzte Gebrauch erwähnt wird. Während dieser nämlich nach Abs. 1 die vertragsmäßige Grundlage des Kaufs näher qualifiziert, ist dies bei den zugesicherten Eigenschaften im Falle des Abs. 2 nicht der Fall, wie bereits eingehend dargelegt worden ist. Hierin liegt der ganz grundsätzliche Unterschied zwischen den beiden Begriffen, die einander also keineswegs umfassen und sich infolgedessen auch nicht gegenseitig ausschließen.

c) Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit?

Die formelle Gestaltung der Zusicherung ist auch insoweit nicht unstreitig, als es sich darum handelt, ob sie durch einseitige Erklärung erfolgen könne oder ob stets Zweiseitigkeit erforderlich

[14]) Vgl. Staudinger und R.G.R.Komm., Erl. zu § 459 B.G.B.

sei. Das Reichsgericht und die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[15]) verlangen für die Zusicherung Zweiseitigkeit schlechthin. Die Ansicht, daß eine Willenseinigung des Zusichernden mit dem Entgegennehmenden vorliegen müsse, herrscht in der Literatur vor. Allein dieser Standpunkt kann auf Grund der vorangegangenen Untersuchungen nicht als richtig anerkannt werden. Die Forderung, für die Zusicherung ganz allgemein die Abgabe der zusichernden Erklärung und dementsprechende Annahme durch den anderen Vertragsteil zu fordern, geht in diesem Umfange zu weit. Auch einer streng einseitigen Erklärung kann und darf für eine große Reihe von Fällen die rechtserhebliche Bedeutung nicht abgesprochen werden, wie in Folgendem bewiesen werden soll.

Das Reichsgericht sagt beispielsweise im 54. Bande S. 223:

„Wie das Reichsgericht schon wiederholt entschieden hat, kann nicht jede bei Gelegenheit von Kaufverhandlungen über einen Kaufgegenstand abgegebene Erklärung, nicht jedes dictum des Verkäufers ohne weiteres als Zusicherung nach § 459 B.G.B. betrachtet werden. Um eine solche annehmen zu können, ist vielmehr erforderlich, daß die Erklärung vom Käufer als vertragsmäßige verlangt, vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wurde."

Diese Ansicht ist namentlich von Max Wolff[16]) einer eingehenden Kritik unterzogen worden. Auch er kommt auf Grund seiner umfassenden Erwägungen, die er, wie es auch hier geschieht, auf Grund des inneren Rechtsgrundes der Zusicherung anstellt, zu dem Ergebnis, daß man nicht wie das Reichsgericht es für erforderlich hält, dem einfachen dictum, d. h. einer einseitigen Erklärung schlechthin jede rechtliche Bedeutung versagen könne. Er schreibt:[17])

„Das dictum rechtlich zu ignorieren, wäre ein Rückschritt gegen das römische Recht,[18]) der in der heutigen Zeit und unter der Herrschaft eines auf Treu undd Glauben gegründeten Rechtssystems unmöglich erscheinen muß. Die Auffassung, der Verkäufer könne sagen, was er wolle, wenn es nur nicht in der Form eines Garantieversprechens geschehe,

---

[15]) R.G.: R.G.Z. Bd. 54 S. 223, Gruch. Bd. 48 S. 593 ff.; O.L.G. Frankfurt, Rechtsprechung Bd. 9 S. 2; Eccius, Gruch. Bd. 43 S. 309; Wetzel, Diss. S. 21. Anderer Meinung: Haymann, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, Vortrag 1913; Oertmann, Bem. zu § 459 Nr. 5 a; Wolff, S. 44 ff.

[16]) A. a. O. S. 44 ff.

[17]) Dogm. Jahrb. Bd. 56 S. 48, 49.

[18]) „Quod dictum promissumve fuerit", heißt es schon in dem Edikt (l. 1 § 1 D. 21, 1).

so sei es bedeutungslos, wird modernen Juristen schlechterdings unverständlich erscheinen, und jeder Versuch, sei es des Gesetzes, sei es einer höchstrichterlichen Entscheidung, das dictum für bedeutungslos zu erklären, wird in der täglichen juristischen Praxis auf unüberwindlichen Widerstand stoßen."

Er erkennt jedoch die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Entscheidung in vollem Umfange dann an, wenn statt des § 459 B.G.B. der § 463 B.G.B. zitiert worden wäre. Mit andern Worten bedeutet dies, daß Wolff lediglich in den Fällen eine Zweiseitigkeit der Zusicherung für erforderlich hält, in denen durch sie ein Schadensersatzanspruch ausgelöst wird, in allen übrigen Fällen, in denen Wandelung und Minderung die Rechtsfolgen der Zusicherung sind, hält er ein einfaches dictum für ausreichend.

Bemerkt sei, daß die Wolffsche Abhandlung sich lediglich mit den Sachmängeln beim Kauf befaßt. Es fehlt infolgedessen eine Stellungnahme zur Form der Zusicherung bei Miete, Pacht, Werkvertrag usw. Es muß jedoch auf Grund seiner Darlegungen, die das Zugrundeliegen eines Garantievertrages, also eines Vertrages überhaupt, für ausschlaggebend halten, angenommen werden, daß er auch hier an die Zusicherung das Erfordernis der Zweiseitigkeit gestellt haben würde, denn auch bei ihnen liegt doch ein promissum — also etwas Zweiseitiges — zugrunde.

Grundsätzlich kann dieser Kritik nur zugestimmt werden, obwohl sie meines Erachtens insofern noch einen Mangel hat, als das an sich zwar richtig erkannte Prinzip nicht scharf bis zu Ende durchdacht und entsprechend angewandt ist. Hierüber wird unten noch zu sprechen sein. Wolff hat aber im Gegensatz zur herrschenden Meinung aus dem inneren Rechtsgrunde der Zusicherung im wesentlichen die richtigen Konsequenzen gezogen, wenn er auch ihr Wesen in einem Punkte nicht voll erkannt und dementsprechend gewürdigt hat. Es ist oben dargelegt worden, daß in den Fällen, in denen Wandelung, Minderung und Schadensersatz wegen mangels zugesicherter Eigenschaften verlangt werden kann, keine Leistungspflicht, sondern lediglich Gewährleistung in Frage steht, und daß diese Ansprüche deshalb gegeben sind, weil eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung zuungunsten des Vertragsteils eintreten würde, der in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht worden ist, die für ihn aber maßgebend waren, den betreffenden Vertrag abzuschließen. Weil kein Erfüllungsanspruch zur Verfügung steht oder sonst eine Möglichkeit gegeben ist, die bestehende Härte zu beseitigen, wird auf die angeführte Weise die sonst vorhandene Unbilligkeit ausgeglichen. Ausschlaggebend ist also für den Gesetzgeber das Motiv und der Wille

des enttäuschten Vertragsteils, die Vorstellung, die er sich von der Sache gemacht hat und auf Grund der Zusicherung zu machen berechtigt war.

Es entspricht der Natur der Sache und ist im Geschäftsverkehr auch das durchaus übliche, daß bei den Verkaufsverhandlungen der Verkäufer seinerseits bemüht ist, die Erwartungen, die sich der Käufer von der Sache macht und machen soll, möglichst hoch zu steigern, um ihn auf diese Weise zu einem ihm, dem Verkäufer, günstigen Kaufabschluß zu bestimmen. Er wird zu diesem Zweck die Vorzüge der Sache in den besten Farben ausmalen. Es liegt auf der Hand, daß seine Erklärungen, die die Sache lobend hervorheben, zum mindesten dazu getan werden, um die Sache zu empfehlen und den Käufer auf diese Weise mit ihren Vorzügen vertraut zu machen, um sie ihm begehrenswert erscheinen zu lassen. Darum ist nicht einzusehen, weshalb nicht diese oder jene Erklärung des Verkäufers nicht ihren Zweck erreichen können und für den Käufer entscheidend sein sollte, die Sache mit ihren zugesicherten Eigenschaften zu erwerben, auch ohne daß die für ihn ausschlaggebende Erklärung des Verkäufers von ihm als vertragsmäßig bindend angenommen zu werden brauchte. *Daß dies nicht der Fall zu sein braucht, ist aber das allein Entscheidende*, um der herrschenden Meinung, die besagt, *daß es nicht der Fall sein kann*, widerlegend entgegenzutreten. Der Umstand, daß es auch *möglich sein kann*, daß die zusichernde Erklärung als zweiseitiges Rechtsgeschäft vorkommen *kann*, ist für den hier entwickelten Standpunkt ohne Bedeutung, weil es natürlich auch sein kann, daß ein Käufer die zusichernde Erklärung als vertragsmäßig annehmen kann, obwohl dies an sich für ihre Rechtserheblichkeit nicht erforderlich gewesen wäre.

Wolff erkennt jedoch in seiner Abhandlung die Richtigkeit dieser Folgerungen nur insoweit an, als der Käufer berechtigt sein soll, Wandelung und Minderung zu verlangen. Für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung hält auch er Zweiseitigkeit der Zusicherung für erforderlich.

Meines Erachtens ist diese Einschränkung in dem Umfange nicht gerechtfertigt. Sie ist bei Wolff darauf zurückzuführen, daß er den inneren Rechtsgrund der Zusicherung in diesem Falle nicht präzise genug für die Schlußfolgerungen bezüglich ihrer Form herangezogen hat, obwohl er ihn an sich klar erkannt hat. Sein Standpunkt wäre nur dann zu billigen, wenn immer ein *Garantievertrag* die rechtfertigende causa des

Schadensersatzanspruchs wäre. Dies ist jedoch nicht immer der Fall.[19])

Zwar heißt es in den Motiven (S. 228) ausdrücklich:

„In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann jedoch nichts anderes als die Übernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte."

Doch schon die Denkschrift[20]) drückt sich wesentlich vorsichtiger aus. Dort heißt es: „daß die Zusicherung einer Eigenschaft nach der Auffassung des Verkehrs r e g e l m ä ß i g die Übernahme einer Garantie für das Vorhandensein der Eigenschaft enthält".

Wie ferner die Protokolle der II. Kommission[21]) ergeben, waren damals bereits zur Zeit des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs Bestrebungen im Gange, die zwischen einfacher Zusicherung und einem Garantieversprechen u n t e r s c h e i d e n w o l l t e n, die sich jedoch gegenüber der Mehrheit nicht durchzusetzen vermochten. Die Mehrheit hielt das Ergebnis, zu dem diese Bestrebungen kamen, für „unpraktikabel" und befürchtete hiervon eine unnütze Vermehrung der Prozesse, da es oft streitig und zweifelhaft sein werde, ob es sich um eine e i n f a c h e o d e r q u a l i f i z i e r t e Z u s i c h e r u n g (Garantie) handele. Die zutreffende Begründung der Minderheit der II. Kommission hat sie jedoch in keiner Weise zu widerlegen vermocht. Rein praktische Zweckmäßigkeitserwägungen siegten also über die juristisch folgerichtigeren und systematisch einzig möglichen mit einer Begründung, die nicht stichhaltig und als unbedingt zwingend anerkannt werden kann. Mit Recht sagt W o l f f:[22])

„Der wesentliche Unterschied zwischen einem Garantievertrage und dem bloß einseitigen dictum des Verkäufers ist nun einmal vorhanden und konnte durch einen Mehrheitsbeschluß der II. Kommission nicht aus der Welt geschafft werden."

Für die Form der Zusicherung ist aus dem Vorgebrachten demnach folgendes zu entnehmen. N i c h t s c h l e c h t h i n m u ß f ü r d e n S p e z i e s k a u f i n j e d e m F a l l e d i e Z u s i c h e r u n g e i n z w e i s e i t i g e s R e c h t s g e s c h ä f t — ein promissum — sein, s o n d e r n n u r i n d e n F ä l l e n, wo eine v e r t r a g l i c h e V e r e i n b a r u n g z u g r u n d e l i e g t, d. h. überall da, wo e i n G a r a n t i e v e r t r a g d e n R e c h t s -

---

[19]) cf. hierzu die Ausführungen zu § 5 b, β und § 7.
[20]) S. 62.
[21]) S. 1377—1381.
[22]) A. a. O. S. 48.

grund bildet. In den anderen Fällen ist für den Spezieskauf eine einseitige Erklärung — ein dictum — ausreichend, um die vom Gesetzgeber beabsichtigten Folgen zu zeitigen.

Ich komme also auf Grund des inneren Rechtsgrundes des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung zu einem von Wolff insofern abweichenden Ergebnis, als ich nicht für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ganz grundsätzlich eine Zweiseitigkeit der Zusicherung für erforderlich halte, sondern nur in den Fällen, wo ein Garantievertrag seinen rechtfertigenden Grund bildet.

Dies nötigt allerdings dazu, dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, also einem einheitlichen Rechtsgebilde, eine zweifache juristische Bedeutung zuzumessen. Es steht jedoch einer derartigen Auslegung ein gesetzliches Hindernis nicht im Wege. Diese Auslegung ist meines Erachtens vielmehr lediglich die konsequente, aus dem Rechtfertigungsgrunde hergeleitete Schlußfolgerung. Zusicherung und Garantie sind eben voneinander grundverschieden; wenn sie auch eine einheitliche Rechtsfolge auslösen mögen, so ist damit noch nichts über die einheitliche rechtliche Behandlung und Auswirkung dieser Rechtsfolge gesagt. Im Gegenteil liegt gerade in dem Wesensunterschiede dieser beiden Institute der Grund für die verschiedenartige Auslegung des von ihnen hervorgerufenen Schadensersatzanspruches.

In den übrigen Fällen wie Gattungskauf, Miete, Pacht und Werkvertrag wird man für die Zusicherung Zweiseitigkeit verlangen müssen. Es folgt dies daraus, weil es sich hier, wie bereits dargelegt worden ist, um Erfüllungsansprüche handelt, die stets vom Gesetzgeber nur dann und gerade deshalb gegeben werden, wenn für einen bestimmten Erfolg voll eingestanden worden ist, wenn dieser Erfolg mit anderen Worten garantiert worden ist. Nur dann besteht für den Vertragsteil, der eine derartige Erklärung abgegeben hat, überhaupt die Verpflichtung, diesen Erfolg herzustellen, nur dann sind die Erfüllungsansprüche gegeben.[23])

---

[23]) Auf vollständig anderem Wege, und zwar ohne die unerläßliche Berücksichtigung des inneren Rechtsgrundsatzes einer Zusicherung glaubt Wetzel a. a. O. S. 21 ff. für sie schlechthin Zweiseitigkeit fordern zu müssen. Es folge dies aus der Bestimmung des § 305 B.G.B., wonach grundsätzlich zur Begründung eines Schuldverhältnisses ein Vertrag — also ein zweiseitiges Rechtsgeschäft — erforderlich sei, wenn nicht das Gesetz etwas anderes vorschreibe. Hieraus gehe hervor, daß das Gesetz nur aus ganz besonderen Gründen von dem Erfordernis eines Vertrages habe absehen wollen. Ein solcher Grund liege bei der Zusiche-

d) Muß die Zusicherung Bestandteil des Vertrages sein?

Schließlich ist als letztes noch zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Zusicherung gleichgültig, ob sie einseitig oder zweiseitig ist, ob sie Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung ist, ob sie durch ausdrückliche Erklärung oder konkludente Handlung wirksam zustande kommt, stets Bestandteil des Vertrages sein müsse, wie vielfach behauptet wird, um die an sie geknüpften Folgen zeitigen zu können.

Die angestellten Ermittlungen über ihren rechtfertigenden Grund bieten keinen Anhalt, der ein derartiges, von der herrschenden Meinung gefordertes Erfordernis notwendig erscheinen lassen könnte. Es ist zwar richtig, daß nicht jeder beliebigen Äußerung, die beispielsweise vor Vertragsabschluß getan worden ist, die also außerhalb des eigentlichen Vertragsinhalts liegt und nicht als Bestandteil ihm angehört, schlechthin die Bedeutung einer Zusicherung beizumessen ist. Daraus folgt jedoch keineswegs aber, daß eine derartige außervertragliche Erklärung nicht doch als Zusicherung erheblich sein kann. Sie ist nämlich in allen den Fällen eine Zusicherung im technischen Sinne, in denen sie für die Bemessung der Höhe der Gegenleistung kausal war. Es kommt, wie bereits dargelegt worden ist, lediglich darauf an, daß die betreffende Erklärung zum mindesten mitbestimmend war, den Vertrag einzugehen und nicht darauf, ob sie Bestandteil des Vertrages ist, ob sie von dem einen Teil in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben worden und von dem andern Teil entsprechend angenommen worden ist.

Der Meinung Oertmanns[24]) kann in vollem Umfange beigetreten werden, daß sich nämlich eine Zusicherung auch ganz generell auf alle abzuschließenden Verträge einer bestimmten Art erstrecken kann, ohne dadurch Bestandteil des einzelnen Vertrages zu werden. Die letztgenannte Erwägung ist meines Erachtens die treffendste Widerlegung der Ansicht, die fordert, daß eine Zusicherung stets Vertragsbestandteil geworden sein müsse, um rechtlich beachtlich zu sein. Allerdings sei zugegeben, daß der hier vertretene Standpunkt insofern zu einem mißlichen Ergebnis führt, als er folgerichtig dazu zwingt, bei den an eine Form gebundenen Verträgen dieses formelle Erfordernis an die Zusiche-

---

rung jedoch nicht vor, insbesondere sei er nicht in § 459 B.G.B. enthalten, so daß es also bei der Regel verbleiben müsse, nach der aber ein Vertrag zur Begründung eines Schuldverhältnisses erforderlich sei.

[24]) Erl. zu § 459, 5 a.

rung selbst nicht zu stellen,[25]) Gerade die Formvorschriften beruhen aber auf der Erwägung, die Rechtssicherheit zu erhöhen und vor unüberlegten Übereilungen zu schützen. Dieser Zweck würde jedoch nicht erreicht werden können, wollte man die Zusicherung den formellen Vorschriften nicht unterwerfen. Die Besonderheit der formellen Verträge läßt daher den von der Praxis durchweg vertretenen Standpunkt[26]) als gerechtfertigt erscheinen, daß die Zusicherung in derartigen Fällen auch der Vertragsform bedürfe keineswegs wird aber hierdurch die dogmatisch richtigere Ansicht, daß die Zusicherung nicht notwendig Vertragsbestandteil zu sein brauche, widerlegt.[27])

III. Die Abgrenzung der Zusicherung von verwandten Erscheinungen.

§ 10. Zusicherung und Garantie.

Der Gang der Untersuchungen hat es bereits notwendig erscheinen lassen, bei der Betrachtung des inneren Rechtsgrundes des Schadenserſatzanspruches wegen Nichterfüllung und der Frage, ob es sich bei der Zusicherung um ein einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft handelt, den kennzeichnenden Unterschied zwischen Garantie und Zusicherung hervorzuheben, so daß auf die dortigen Ausführungen insoweit verwiesen werden kann.[1]) Lediglich der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle das Wesentliche noch einmal kurz zusammengefaßt werden.

---

[25]) Schollmeyer folgert die Formlosigkeit der Zusicherung im Falle des § 313 B.G.B. aus dem von uns für den Spezieskauf anerkannten, für den Gattungskauf aber abgelehnten Grundsatz, daß es sich bei den Rechtsfolgen einer Zusicherung nicht um eine Verpflichtung des Käufers handele, die Sache mit der zugesicherten Eigenschaft zu leisten, sondern vielmehr nur um eine inhaltliche und begrifflich von der Eigentumsverschaffungspflicht verschieden gestaltete Verpflichtung, um die Gewährleistungspflicht. Der Form bedürfe aber nach § 313 B.G.B. nur ein Vertrag, durch den sich der eine Teil zur Eigentumsübertragung usw. verpflichtet.

[26]) R.G.Z. Bd. 52 S. 1 Bd. 56 Nr. 12 S. 50; Eccius, Gruch. Bd. 43 S. 109.

[27]) Wetzel a. a. O. S. 34 vertritt ebenfalls den Standpunkt, daß eine Zusicherung nicht Bestandteil des Vertrages zu sein brauche, sie sei vielmehr Bestandteil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts. Kaufvertrag und Zusicherung würden von einem wirtschaftlichen Zweck umfaßt, wenn man den Ausdruck „Vertrag" im § 313 B.G.B. in diesem weiten Sinne auffasse, so ergebe sich die Rechtfertigung, daß auch die Zusicherung der vorgeschriebenen Form bedürfe.

[1]) § 5 b, β, § 6 c.

Das Charakteristikum eines Garantievertrages besteht darin, daß ein Vertragsteil die Gewähr dafür übernimmt, daß ein gewisser Erfolg auch noch später vorhanden sein oder eintreten wird oder aber auch darin, daß eine bestimmte Schadensgefahr übernommen wird. In allen Fällen ist der Wille des Garantierenden darauf gerichtet, für einen bestimmten Erfolg voll einzustehen. Hieraus ergibt sich im Falle des Ausbleibens des betreffenden Erfolges seine Verpflichtung, ihn eventuell herzustellen, beispielsweise also kostenlose Nachbesserung zu gewähren oder aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung[2]) zu leisten. Stets löst die Garantie einen Erfüllungsanspruch aus.

Anders ist die Lage jedoch tatsächlich wie rechtlich bei der Zusicherung. Bei ihr wird lediglich die Eigenschaft einer Sache von dem zusichernden Vertragsteil als erheblich hervorgehoben, um den anderen zur Bemessung der Höhe der Gegenleistung zu veranlassen, ohne daß schlechthin eine Verpflichtung begründet wird, die zugesicherten Eigenschaften zu verschaffen. Fehlen die zugesicherten Eigenschaften beispielsweise beim Spezieskauf, so treten hier nicht die Erfüllungsansprüche gegen denjenigen in Funktion, der etwas zwar zugesichert, aber nicht geleistet hat, sondern die Gewährleistungsansprüche, wie Wandelung, Minderung und Schadensersatz wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaft.

§ 11. Allgemeine Anpreisungen.

Da jeder Verkäufer nach Möglichkeit bestrebt ist, möglichst viel und zu guten Bedingungen zu verkaufen, preist er die Vorzüge seiner Waren in aller erdenklichen Form an, um sie den Käufern begehrenswert erscheinen zu lassen. Gerade im heutigen Wirtschaftsleben mit seiner außergewöhnlich großen Konkurrenz spielt dieses Anpreisen der Waren in den mannigfachen Formen, in denen es auftritt, eine sehr wichtige Rolle. Wenn man bedenkt, daß eine regelrechte Wissenschaft des Reklamewesens und des Kundenwerbens sich stets zu größerer Bedeutung entwickelt, so wird man verstehen, welche große Rolle die Anpreisungen heute bei uns spielen. Verfehlt wäre es jedoch, wollte man jene marktschreierischen Anpreisungen, die zwar ihrem Wesen nach darauf eingestellt sind, zu Vertragsabschlüssen bzw. zur Bemessung der Höhe der Gegenleistung zu bestimmen, stets als Zusicherungen im technischen Sinne auffassen. Dies widerspräche nicht nur den Gepflogenheiten des Wirtschaftslebens, sondern auch durchaus dem

---

[2]) R.G.Z. Bd. 61 Nr. 38 S. 160, Bd. 90 Nr. 105 S. 416, Bd. 52 S. 431, 432; Gruch. Bd. 51 S. 936, 937.

Parteiwillen selbst. Es ist nur natürlich, daß hier auf dem Gebiete der widerstreitenden Parteiinteressen, — der Verkäufer will im Endeffekt wenigstens bestimmt möglichst viel Geld für möglichst geringe Ware und der Käufer für weniges Geld möglichst gute Ware — im Kampf um das wirtschaftliche Fortkommen von seiten der Verkäufer in ihren Anpreisungen etwas reichlich weit, ja oft zu weit gegangen wird, denn nur das, was ganz sinnfällig wird, was dem Käufer auffällt, macht ihn aufmerksam und geneigt, Verträge abzuschließen. Alles dies ist jedoch auch dem Käufer genau bekannt, sein Wille geht keineswegs darauf, alles das, was ihm der Verkäufer erklärt, ernst zu nehmen und daraus Rechte herzuleiten, ebenso wie der Verkäufer in diesem Falle alles andere will, als aus seinen marktschreierischen Anpreisungen, auf Grund seiner Reklame in Anspruch genommen zu werden.

Erklärt beispielsweise der Verkäufer eines Anzugstoffs, der Stoff sei unzerreißbar, so liegt eigentlich bereits auf der Hand, daß dies unmöglich von einem ernst zu nehmenden Menschen so gemeint sein kann, daß er für den Fall, daß der Anzugstoff diese Eigenschaft nicht habe, in Anspruch genommen werden will. Der haltbarste Anzugstoff ist der Natur der Sache nach eben auch zerreißbar.

Hält man sich demgegenüber den großen, rechtlichen Unterschied zwischen einer unverbindlichen Anpreisung und den erheblichen Folgen einer Zusicherung vor Augen, so wird man leicht erkennen, wie wichtig es ist, beide Begriffe möglichst scharf gegeneinander abzugrenzen. Da der Verkehr gerade beim Abschluß von Kaufverträgen Differenzierungen in den Abreden durch Verkürzung und Vereinfachung der Ausdrucksweise, durch Symbolisierung und andere Mittel verkehrsfähiger zu machen strebt, andererseits aber die dem Handelnden eigentümliche Anpreisung der Ware eine Differenzierung der Abreden zu verwischen droht, ergibt sich zugleich, wie schwierig, wenn nicht gänzlich unmöglich, es ist, ein allgemein gültiges Kriterium festzulegen, das geeignet ist, jeweils dem Inhalt nach eine Anpreisung von einer Zusicherung zu scheiden.

Ein besonders zuverlässiges Unterscheidungsmittel bietet die auf Grund des Parteiwillens festzustellende Ernstlichkeit der abgegebenen Erklärung. Es handelt sich bei den Anpreisungen nämlich nicht um viel mehr als um leere Redensarten, die die Sache vorteilhaft erscheinen lassen sollen, die keineswegs ernsthaft den Anspruch der Glaubwürdigkeit für sich in Anspruch nehmen wollen und oft auch gar nicht einmal können.

Der rechtliche Grund für ihre Bedeutungslosigkeit ist ganz der gleiche, der den lediglich zum Scherz abgegebenen

Willenserklärungen zugrunde liegt. Derartige Willenserklärungen erklärt § 118 B.G.B. für rechtlich bedeutungslos, wenn sie nicht ernstlich gemeint sind und in der Erwartung abgegeben werden, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Es wäre ja auch widersinnig, wenn beispielsweise ein Verkäufer für eine Äußerung in Anspruch genommen werden würde, die er selbst nicht ernst genommen hat, ja sogar in der Erwartung abgegeben hat, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden.

Es kann aber nicht ohne weiteres gesagt werden, wie es gelegentlich geschieht, daß derartige Erklärungen lediglich deshalb rechtlich bedeutungslos seien, weil sie eine Sache anpreisen. Es ist nicht einzusehen, warum man schließlich nicht auf Grund der Empfehlung einer Sache in Anspruch genommen werden können soll. Dies liegt keineswegs in der Absicht des Gesetzgebers.

§ 12. Die Bedingung und die Zusicherung.

Mit der Abgrenzung von der Garantie und der allgemeinen Anpreisung sind noch nicht alle verwandten Erscheinungsformen von der Zusicherung geschieden. Es zeigt sich vielmehr, daß das vorhin gefundene Kriterium des Mangels der Ernstlichkeit nicht ausreichend ist, um alles das abzusondern, was nicht Zusicherung im Sinne des Gesetzes ist. Es sind vielmehr auch durchaus ernstgemeinte Erklärungen anläßlich der Kaufsverhandlungen denkbar, die rechtlich nicht so weitgehende Konsequenzen nach sich ziehen, nicht Zusicherungen im technischen Sinne sind. Es sind dies die Bedingungen, unter denen Geschäfte gelegentlich getätigt werden.

Vorweg genommen sei gleich, daß dabei die von den Parteien gebrauchten Ausdrücke: „unter der Bedingung, daß“ oder „vorausgesetzt, daß eine bestimmte Eigenschaft vorhanden ist“ nicht notwendige Kennzeichen für das Vorliegen eines bedingten Kaufabschlusses sind. Obgleich diese Ausdrücke gebraucht worden sind, kann es sich doch trotzdem um einfache Zusicherungen handeln, während andererseits hinter Erklärungen, die dem Ausdruck nach auf eine Zusicherung hindeuten, ein bedingter Geschäftsabschluß liegen kann. Die Grenzen zwischen beiden Instituten sind durchaus flüssig, sie müssen aber wegen der verschiedenen rechtlichen Folgen streng geschieden werden.

Die Auslegung des Parteiwillens führt hier zum Ziele. Es ist durchaus möglich, daß die Parteien das Vorhandensein einer Eigenschaft derart erheblich gehalten haben, daß sie im Falle des tatsächlichen Nichtvorhandenseins dieser Eigenschaft das betreffende Geschäft nicht tätigen wollten.

Sie machen daher den Bestand dieses Geschäfts von dem Vorhandensein dieser Bedingung abhängig, das Geschäft wird mit anderen Worten dem Parteiwillen entsprechend bedingt abgeschlossen. Diese Bedingung kann auflösender oder aber auch aufschiebender Natur sein, je nachdem, ob die Parteien wollten, daß das betreffende Geschäft bereits in vollem Umfang wirksam sein sollte, später aber im Falle des Ausbleibens der Bedingung von Anfang an hinfällig werden sollte, oder ob sie von vornherein den Bestand des Geschäftes vom Eintritt der Bedingung abhängig gestalten wollten.

Die Abgrenzung der Bedingung von der Zusicherung ist deshalb so außerordentlich wichtig, weil sich jeweils eine verschiedene Rechtslage ergibt. Handelt es sich nämlich um eine Bedingung, dann bestehen zwischen den Vertragsparteien für den Fall, daß die auflösende Bedingung eintritt oder die Voraussetzungen, unter denen das Geschäft aufschiebend bedingt war, sich nicht erfüllen, keinerlei Rechtsbeziehungen mehr. Allenfalls wäre es denkbar, daß der in seinen Erwartungen getäuschte Teil von demjenigen, der das Fehlen der Eigenschaften kannte oder die Unmöglichkeit des Eintritts der Bedingung hätte kennen müssen, Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm dadurch entstanden ist, daß er auf die Möglichkeit des Vorhandenseins der Bedingung vertraute.[3]) Anders jedoch, wenn die Eigenschaft zugesichert war, hier besteht für den in seinen Erwartungen getäuschten Vertragsteil eventuell die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaft zu verlangen.

Zusammenfassend ist festzustellen: Eine Bedingung wird regelmäßig dann vorliegen, wenn die Parteien das Geschäft nur dann abschließen wollten, wenn die betreffende Eigenschaft entweder im Augenblick des Vertragsschlusses vorhandenn war oder später eintreten sollte, eine Zusicherung dann, wenn die zusichernde Erklärung für den Vertragsschluß bestimmend oder doch mitbestimmend war, die Parteien aber das Geschäft vorbehaltlich ihrer sonstigen Rechte von dem Vorhandensein und der Leistung der zugesicherten Eigenschaften nicht schlechthin abhängig gemacht haben.

---

[3]) Dieses negative Interesse ließe sich vielleicht beim Nichtvorhandensein der Eigenschaft auf Grund einer analogen Anwendung des § 307 B.G.B. herleiten. Die rechtliche und wirtschaftliche Lage ist hier genau die gleiche wie bei demjenigen, der einen unwirksamen Vertrag abschließt und dies wissen muß.

Literaturverzeichnis.

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. Insbesondere § 4: Rechtsgeschäft und Rechtshandlung. Dogm.Jahrb. Bd. 48 S. 101 ff.

Archiv für Bürgerliches Recht, hrsgb. von Kohler, Ring (zit. Arch.Bürg.R.).

Archiv für die zivilistische Praxis, hrsgb. von Ph. Heck, Rümelin (zit. Arch.Ziv.Prax.).

Blume, von: Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung mangelhafter Sachen und seine Verjährung. Dogm.Jahrb. Bd. 56 S. 209 ff.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I u. II. 7. u. 8. Aufl. Jena 1922 bzw. 1924.

Cohn: Zur Auslegung der §§ 463, 459, 249, 826 B.G.B. in J.W. 1913 S. 1010.

Denkschrift zur Reichstagsvorlage des Entwurfs. 1896.

Deutsche Juristenzeitung. Gegründet von Laband, Stenglein, Staub (zit. D.J.Z.).

Dörr: Die Haftung des Vermieters für Fehler der Mietsache. L.Z. 1917 Sp. 947.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1908.

Eccius: Kritik des Kommentars von Oberlandesgerichtsrat Dr. Meisner in Gruch. Bd. 43 S. 268.

Eckstein: Schadensersatz im Verhältnis zur Minderung und Wandelung. Arch.Bürg.R. Bd. 43 S. 192 ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I Aufl. 8, 1903.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem B.G.B. 1899.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Das Bürgerliche Recht. Bd. I Abt. 2, 23.—27. Aufl. 1927.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgeb. von Mitgliedern des Gerichtshofs (zit. R.G.Z.).

Fischer, Hans Albrecht: Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden. Dogm. Jahrb. Bd. 51 S. 159.

Gmelin: Pflicht zur Abnahme einer mangelhaften Sache? Recht 09 S. 769.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Dr. Gruchot (zit. Gruch.).

Havenstein: Die Gattung. Gruch. Bd. 55 S. 449 ff.

Haymann: Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf. Vortrag 1913.

Hein: Gewährleistungsrecht bei Falschlieferungen des Handelskaufs (§ 378 H.G.B.). Z.H.R. Bd. 87.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (zit. Dogm. Jahrb.).

Juristische Wochenschrift. Herausgeb. vom Deutschen Anwaltverein (zit. J.W.).

Kiel: Von der qualitativen Unmöglichkeit beim Kauf einer bestimmten Sache. Gruch. Bd. 60 S. 609.

Kisch: Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. 1900.

Krückmann: Zur Gewährleistungspflicht. L.Z. 15, 1351.

Langbein: Gewährleistung wegen Mängel der Ware beim Gattungskauf bei Kaufleuten nach neuem Handelsrecht. Leipziger Diss. 1902.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Gegründet von Düringer, Jaeger und Könige.
Levy: Der Nachbesserungsanspruch des Käufers bei Mängeln der Speziessache als Erfüllungsanspruch. Leipziger Diss. 1906.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach B.G.B. Ein System der juristischen Handlungen. Berlin 1907.
Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich. II, 1888 (zit. Mot.).
Nowicki: Wie weit ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache frei von Mängeln und Fehlern zu liefern? Diss. Erlangen 1907.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl.
— Zur Lehre von der Beweislast und Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Recht 08 S. 345.
— Sachmängel und Abnahmepflicht. Recht 09 S. 617.
Petri: Ein Beitrag zum Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen. Arch.Ziv.Prax. 109, 202.
Planck: Kommentar zum B.G.B. 1. Bd. Allg. Teil. 4. Aufl. Berlin 1913.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. Berlin, Guttentag 1898 (zit. Prot.).
Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgeb. von Soergel.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgeb. von Mugdan und Falkmann (zit. O.L.G.).
Reichsgerichtsrätekommentar: Das B.G.B. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten (zit. R.G.R.Komm.).
Roth: Die Haftung des Verkäufers wegen Sachmängeln beim Gattungskauf. L.Z. 18 S. 238.
Schneider: Die Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihr Gegensatz zur Willensbetätigung. Arch.Bürg.R. Bd. 42 (1916) S. 273.
Schöller: Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. Gruch. Bd. 44, 603 und Bd. 45 S. 511.
Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. Dogm. Jahrb. Bd. 49 S. 93 ff.
Schröder: Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf nach dem B.G.B. Berlin 1903.
Stamm: Die Ansprüche des Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft im gemeinen Recht und im B.G.B. Leipziger Diss. 1902.
Stammler: Der Garantievertrag. Eine zivilistische Abhandlung. Arch.Ziv.Prax. Bd. 69 S. 1.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl.
Süß: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre von der Gewährleistung. Leipzig 1931.
Wetzel: Das Wesen der Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache. Diss. Erlangen 1910.
Wiener: Zur Lehre vom Schadensersatz neben der Wandlung. Arch. Ziv.Prax. Bd. 120 S. 260.
Wolff, Max: Sachmängel beim Kauf. Dogm. Jahrb. Bd. 56 S. 1.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Begründet von L. Goldschmidt (zit. Z.H.R.).

Lebenslauf.

Ich, Reinhard Raabe, wurde am 2. August 1907 in Breslau als Sohn des damaligen Volksschullehrers Adolf Raabe und seiner Ehefrau Meta, geb. Strauch, geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und evangelischen Bekenntnisses.

Zu Ostern 1926 bestand ich die Reifeprüfung an der realgymnasiastischen Abteilung des Elisabetgymnasiums in Breslau, das ich von Anfang an besucht hatte. Darauf widmete ich mich an den Universitäten Freiburg i. B. und Breslau dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Am 24. März 1930 bestand ich am Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 10. April 1930 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 22. Dezember 1932 an der Universität Breslau.